

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA NATURE
DU
DROIT DE RÉTENTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le samedi 26 mai 1900 à 2 h. 1/2.

PAR

Charles MAUGER

Président : M. PLANIOL, professeur.

Suffragants : } *MM. BOISTEL, professeur.*
 COLIN —

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront posées
sur les autres matières de l'enseignement

PARIS

LIBRAIRIE MARESCQ AÎNÉ

A. CHEVALIER-MARESCQ ET EDITEURS

20, RUE SOUFFLOT, 20

1900

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA NATURE
DU
DROIT DE RÉTENTION

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le samedi 26 mai 1900 à 2 h. 1/2.

PAR

Charles MAUGER

Président : M. PLANIOL, professeur.

Suffragants : } MM. BOISTEL, professeur.
COLIN —

Le Candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront posées
sur les autres matières de l'enseignement



PARIS

LIBRAIRIE MARESCQ AINÉ

A. CHEVALIER-MARESCQ ET C^e ÉDITEURS

20, RUE SOUFFLOT, 20

1900



Digitized by the Internet Archive
in 2026

DE LA NATURE
DU
DROIT DE RÉTENTION

INTRODUCTION

Lorsque deux personnes se trouvent liées par des obligations réciproques, l'une ne peut contraindre l'autre à remplir ses engagements, si elle-même se refuse à accomplir les siens.

C'est là un principe d'équité universelle, et les législations en le formulant n'ont fait que consacrer ce que la morale des peuples avait établi avant elles.

Et ce principe est également vrai quels que soient les rapports intervenus entre les individus : que ce soit un véritable lien de droit, pour employer l'expression de Justinien, ou une

simple obligation naturelle, la solution en pure équité doit être la même.

Sans doute les législations primitives, toutes empreintes d'un formalisme étroit, n'ont pas sanctionné toutes les conventions et n'ont accordé leur protection qu'à certains rapports nettement déterminés par elles ; mais ces législations avaient moins en vue l'équité que l'application stricte du droit.

Les théories juridiques n'étaient encore en effet qu'à l'état d'ébauche, et ce n'étaient qu'aux contrats nettement déterminés par lui que le législateur pouvait accorder son appui. Mais l'usage devait peu à peu amoindrir la rigueur de ce droit primitif et l'équité devenir la règle dominante dans ses applications.

L'individu à la fois débiteur et créancier avait un moyen tout naturel pour s'assurer le paiement de sa créance : c'était de retenir ce qu'il devait jusqu'à ce qu'on lui ait payé ce qui lui était dû : c'était le moyen de coercition le plus simple et le plus efficace auquel il fut tenté de recourir.

Si les législations primitives ne parlent pas du droit de rétention, c'est que comme nous l'avons dit plus haut, elles ne sanctionnaient que certaines conventions, et donnaient aux seuls créanciers dont elles reconnaissaient les

droits, des armes suffisamment efficaces, pour qu'il ne soit pas besoin en outre de leur accorder un droit de rétention. De plus le législateur avait préféré sanctionner directement les seuls droits qu'il reconnaissait, et il devait avant tout éviter que l'individu pût se faire en quelque sorte justice lui-même : reconnaître à un débiteur le droit d'opposer une fin de non-recevoir à une action valablement intentée selon les règles du droit, aurait été dangereux surtout à une époque où ces règles n'étaient pas encore solidement établies ; et il est tout naturel que les lois primitives ne fassent pas mention du droit de rétention.

Mais avec les besoins de la pratique, l'équité devait prendre une place de plus en plus prépondérante dans l'application des lois, et par suite le droit de rétention devenir d'un usage bientôt général.

Le droit de rétention que nous nous proposons d'étudier ici n'est qu'une mesure de coercition dont un individu se sert, à défaut d'autre moyen, pour s'assurer le remboursement de ce qui lui est dû, remboursement qu'il ne pourrait poursuivre d'aucune autre façon. C'est là du moins le caractère primitif du droit de rétention ; son usage aurait été inutile si l'individu avait eu à sa disposition d'autres armes et il

n'avait de raison d'être que pour combler les lacunes du droit et protéger certaines situations que la jurisprudence avait trouvées particulièrement favorables. Plus tard il devait perdre ce caractère de droit subsidiaire et pouvoir être exercé alors même que son titulaire disposerait d'un autre moyen d'arriver au paiement.

Ce ne fut donc qu'avec les besoins de la pratique que se développèrent les applications du droit de rétention, et cela explique que nulle part nous ne puissions en trouver une théorie générale ; que l'on étudie le Droit romain, notre Ancien Droit français, ou notre Code civil, nous ne rencontrerons partout que de simples applications du droit de rétention, et nulle part nous ne trouverons une règle, formulée pour en régler l'usage.

Nous venons de voir que le droit de rétention n'avait été accordé par la pratique que pour protéger certaines situations de fait qui paraissaient favorables, mais si nous en avons vu l'utilité nous en ignorons les caractères, l'étendue d'application, en un mot les principes qui en règlent l'exercice : c'est sur ces différents points que porteront nos recherches mais c'est surtout dans notre Code civil que nous voulons les faire.

Comme nous l'avons déjà remarqué notre droit actuel n'a pas formulé de règle générale

sur le droit de rétention, et s'est borné à en consacrer quelques applications, sans en donner les raisons.

Lorsqu'une matière est obscure et mal définie, c'est dans les législations antérieures qui constituent les sources de la nôtre, qu'il faut chercher les documents, qui peuvent l'éclairer et la compléter : c'est bien ici l'occasion de faire ces recherches.

Nous ne voulons pas faire une thèse de Droit romain ni une thèse de Droit coutumier, mais comment déterminer et la nature et l'étendue d'application de ce droit de rétention, si nous ne prenons pas comme guides les solutions romaines, et celles de notre ancien Droit français?

Si notre Code n'a pas fait de théorie spéciale, c'est que vraisemblablement il n'a pas voulu innover ; c'est qu'il a voulu s'en tenir aux solutions précédemment admises. C'est de Rome et de notre Ancien droit que provient notre Code civil et c'est sur ces deux législations que doit se porter notre étude.

Sans doute nous n'y trouverons pas de théorie générale du droit de rétention, mais seulement des cas d'application, mais en groupant ces cas, nous espérons pouvoir, non pas établir une théorie générale, qu'il nous faudrait inventer de toutes pièces, mais découvrir toutefois

les principes généraux qui semblent en régler l'exercice.

C'est du moins ce que nous allons tâcher de faire.

CHAPITRE I

Historique du Droit de rétention.

SECTION I

Droit romain.

Nous ne trouvons aucune trace du droit de rétention dans l'ancien droit romain. Comment en effet aurait-il pu trouver place, ce droit dont l'unique base est l'équité, dans une législation si étroitement formaliste qui ne reconnaissait que certains droits catalogués par elle, et refusait tout secours, toute action à celui dont le droit était né d'un autre mode que celui formé par la loi civile. La jurisprudence n'existait pas alors, et loin de rechercher quel était l'esprit de la loi, on s'attachait strictement à sa lettre.

Le juge d'ailleurs ne jouissait d'aucun pouvoir d'appréciation et le nom même de procédure des Actions de la Loi suffit à le démontrer

c'était la loi qui avait créé et le droit, et l'action à lui correspondante, et c'était elle encore qui avait déterminé le pouvoir du juge. Ce pouvoir était presque nul et dans l'*Actio sacramenti*, la plus antique de la législation romaine et que l'on peut prendre comme type des actions de la loi, le juge n'avait qu'à répondre si le *sacramentum* du plaideur était *justum* ou *injustum* : A cela se bornait son office, et il n'avait aucun moyen de tempérer la rigueur de sa sentence.

L'idée même des exceptions n'existait pas : la loi avait décidé qu'une personne dans telle situation devait avoir telle action et obtenir gain de cause ; il était alors inévitablement forcé de qu'elle triomphât, quel qu'injuste que pût être le résultat.

Ce système devait durer de longs siècles, mais par suite de leurs conquêtes répétées, qui les avaient fait sortir du cercle étroit dans lequel ils vivaient, les Romains devaient perdre peu à peu leur antique rudesse, et leurs lois faites à leur image s'adoucir graduellement.

C'est aux Prêteurs que revient l'honneur d'avoir les premiers interprété la loi civile et d'en avoir par suite étendu la protection ; c'est enfin grâce à leur influence que s'est développé le système de la Procédure Formulaire dont la loi *Aebutia*

de la fin du vi^e siècle de Rome consacra l'établissement définitif.

C'est dans cette deuxième période du Droit romain que nous voyons apparaître le droit de rétention.

Ce droit nous l'avons déjà vu n'avait qu'un but : faire triompher l'équité qui aurait été méconnue si l'on avait appliqué les règles du droit strict.

C'était donc qu'une simple mesure de défense contre la rigueur des principes de la loi. Les Préteurs dont la constante préoccupation était de rendre plus équitable l'ancien droit civil accordèrent leur protection à certaines situations qui leur semblaient favorables et donnèrent des moyens de défense aux plaideurs qui se trouvaient dans l'une de ces situations, et c'est dans ce but qu'ils créèrent les exceptions.

Ce n'était donc que par une exception, que l'on pouvait concevoir l'exercice du droit de rétention.

Le Préteur trouva qu'il était contraire à l'équité qu'un individu qui avait fait des impenses sur une chose appartenant à autrui fut contraint de rendre cette chose à la partie revendiquante, sans pouvoir obtenir d'elle aucune indemnité pour les dépenses qu'il avait faites ; il voulut protéger ce possesseur contre la trop

grande rigueur de la loi et lui donner un moyen de défense : à cet effet il lui permit d'opposer une exception de dol à l'action en revendication du propriétaire (1).

Ainsi fut exercé à l'origine le droit de rétention, ainsi il devait l'être durant tout le cours du Droit romain. Nous avons pris plus haut comme exemple le cas d'un possesseur faisant des impenses sur la chose d'autrui parce que c'est dans ce cas que nous trouverons le plus fréquemment l'usage du droit de rétention, mais nous verrons plus loin que nombreux et divers sont les cas dans lesquels le Préteur admit l'exercice du droit de rétention.

Ce fut donc par l'exception de dol que s'exerça à Rome le Droit de rétention et grâce à cette pratique le Préteur put en étendre considérablement l'application. N'ayant d'autre but que de protéger l'équité, il ne s'inquiéta pas de savoir si telle situation de fait, qu'il voulait protéger, était susceptible ou non de donner naissance à un droit juridique quelconque. Le titulaire d'une obligation naturelle, quoique son droit fût dénué de sanction civile, aurait pu d'ailleurs opposer la compensation et aboutir ainsi au paiement

1. L'exception de dol fut proposée pour la première fois par un Préteur nommé Cassius. Elle remonte vraisemblablement au VII^e siècle de Rome. (Accarias, tome II, p. 911. Note 3).

par une voie détournée : les mêmes raisons d'équité devaient plaider en faveur de l'exercice du droit de rétention.

Il n'était pas besoin, du reste, que le Prêteur accordât sa protection aux créances déjà reconnues et sanctionnées par le droit civil, et ce n'était qu'aux situations de fait dénuées de toute sanction qu'il devait accorder son secours.

Le droit de rétention ne pouvait donc être regardé comme une sûreté accessoire d'une créance : son existence n'impliquait nullement un rapport de droit, mais un rapport de fait et son but n'était pas d'arriver au remboursement d'une créance, puisque légalement cette créance n'existait pas, mais simplement d'aboutir au paiement d'une indemnité qui par suite de certaines circonstances de fait se trouvait être due au rétenteur. Sans doute le rétenteur opposait son droit pour se faire rembourser ce qui lui était dû, mais ce n'était pas une véritable créance au sens technique du mot qu'il prétendait ainsi recouvrer.

L'on pourra nous objecter que l'on trouve parfois le droit de rétention servant de sûreté à une créance dont le titulaire aurait pu obtenir le remboursement sans avoir recours à une pareille mesure de coercition, mais en intentant seulement l'action que lui reconnaissait la loi,

et qu'il en était notamment ainsi pour le dépositaire, le commodataire, le mandataire qui pouvaient intenter respectivement soit les actions *depositi contraria*, *commodati contraria*, *mandati contraria*, ou user d'un droit de rétention sur la chose objet du contrat pour se faire indemniser des dépenses que ce contrat leur avait occasionnées. Nous n'y contredisons pas, mais ce que nous voulons dire, c'est que le droit de rétention n'impliquait pas nécessairement l'existence d'un droit de créance mais qu'il pouvait se rencontrer et en fait se rencontrait le plus souvent indépendamment de tout rapport de droit et uniquement par suite d'un simple rapport de fait.

C'est ainsi que le Prêteur avait trouvé injuste qu'un propriétaire revendiquant par exemple son immeuble put reprendre celui-ci sans indemniser le possesseur des dépenses qu'il avait faites sur cet immeuble : il avait alors permis au possesseur de retenir ce bien jusqu'au paiement de l'indemnité. En cette hypothèse cependant, aucun lien juridique n'unissait le possesseur au propriétaire, et ne pouvait contraindre ce dernier à payer une indemnité quelconque, mais le Prêteur avait considéré que le possesseur en restituant l'immeuble, sans recevoir aucun de dédommagement pécuniaire de ses impenses,

paierait plus qu'il ne devait et que le propriétaire s'enrichirait ainsi injustement à ses dépens ; cette considération de pure équité avait suffi au Prêteur pour admettre au profit du possesseur l'exercice d'une exception de dol.

Si le Prêteur ne lui avait accordé cette exception le possesseur n'aurait eu aucun moyen d'obtenir la moindre indemnité, n'ayant pas même à sa disposition l'action *in factum* qui suppose pour son exercice l'accomplissement d'un fait par le défendeur.

Il en était du moins ainsi au début de l'établissement à Rome de la Procédure Formulaire mais plus tard à la fin de l'époque classique et sous l'influence des grands jurisconsultes de cette période, la *condictio indebiti* devait devenir d'une application tout-à-fait générale et empêcher ainsi tout enrichissement injuste, de quelque manière, d'ailleurs, qu'ait eu lieu cet enrichissement (1).

Comme tous les rapports de droit ou de fait se trouvaient par cela même sanctionnés, le titulaire du droit de rétention pouvait à cette époque, mais seulement alors, user de son droit ou intenter une *condictio*, et le droit de rétention devait perdre définitivement le caractère de

1. *Cours de Droit romain*, de M. Cuq, 1895.

droit subsidiaire qu'il avait eu au début et gardé pendant si longtemps.

Nous venons de donner une idée générale de ce qu'était à Rome le droit de rétention ; il nous faut maintenant rechercher dans quels cas et suivant quelles conditions ce droit était exercé, il convient enfin de déterminer quels caractères lui reconnurent les jurisconsultes romains.

Comme nous l'avons déjà dit les jurisconsultes romains ne firent jamais une théorie générale du droit de rétention mais se bornèrent à en citer des cas d'application. Dans quelles conditions admettaient-ils l'exercice du droit de rétention, c'est ce que nous devons maintenant rechercher.

Si les circonstances dans lesquelles se produit l'exercice de notre droit se trouvent être les mêmes, dans la plupart des hypothèses que nous présentent les jurisconsultes romains, c'est que vraisemblablement ces auteurs n'en ont admis l'exercice que dans ces seules circonstances.

L'on ne peut pas dire qu'il y ait là une règle fixe et immuable mais nous pourrons tout au moins découvrir à quels principes généraux se rattacha la jurisprudence.

N'ayant d'autre base que l'équité, le droit de rétention devait avoir l'équité, pour limite à son

application. Son usage ne s'était répandu que pour protéger certains individus contre la rigueur de la loi, il ne devait donc les protéger que dans la mesure où cela serait équitable.

Dans quel but retient-on une chose ? pour se faire indemniser par le propriétaire des dépenses que sa chose vous a occasionnées. C'est dans cette seule hypothèse que l'on peut concevoir raisonnablement l'exercice du droit de rétention : l'admettre ailleurs sans qu'une convention particulière des parties l'ait prévu, serait contraire à toute justice.

Comment en effet pourrait-on reconnaître à un individu le droit de retenir ma chose, sous prétexte que d'autre part je lui dois une somme d'argent. S'il veut obtenir le paiement de sa créance, il n'a qu'à me poursuivre, et la loi lui en donnera les moyens ; mais à l'inverse il ne peut m'empêcher de reprendre ma chose qui se trouve entre ses mains. Si on lui reconnaissait un tel droit, ce serait lui permettre de se faire justice lui-même, ce serait l'autoriser à commettre une voie de fait contre ma propriété.

Mais la situation serait toute différente si je prétendais reprendre ma chose sans indemniser le possesseur, des dépenses que cette chose lui a occasionnées. Ici l'on comprend très bien

l'exercice du droit de rétention et il est très juste que le possesseur ne pouvant se faire indemniser, retienne tout au moins la chose sur laquelle il a fait ses dépenses. Ici le bon droit est de son côté et il y aurait dol de ma part de vouloir lui reprendre ma chose sans lui accorder en retour aucun dédommagement.

C'est en effet ainsi que les jurisconsultes romains conçurent l'exercice de notre droit, et dans toutes les hypothèses qu'ils nous présentent, nous voyons apparaître cette connexité entre la chose que l'on retient et la créance que l'on prétend ainsi recouvrer.

Toutefois, on a contesté que ces jurisconsultes aient adopté cette manière de voir et M. Cabrye (1) a prétendu notamment que : « le droit de rétention appartenait à d'autres personnes que celles qui sont créancières à raison de la chose réclamée ».

Pour défendre sa théorie M. Cabrye dit tout d'abord, que jamais les jurisconsultes romains n'ont exigé expressément pareille connexité pour permettre l'exercice du droit de rétention.

Sur ce point nous sommes tout à fait de son avis et nous n'avons jamais voulu dire que ces jurisconsultes aient ainsi fixé une règle à l'exer-

1. Cabrye. *Du droit de rétention*, p. 17.

cice de ce droit ; mais ce que nous prétendons c'est que dans les cas où ces jurisconsultes admettent l'exercice de notre droit, nous trouvons une connexité entre la créance et la chose retenue.

Un rapide examen de quelques textes prouvera notre solution.

M. Cabrye nous oppose un texte de Papinien *la Loi 1 princ. liv. 20, T. 1.*

Ce fragment suppose que je vous ai hypothéqué un bien dont je n'étais ni propriétaire ni d'ailleurs créancier ; plus tard j'en deviens propriétaire. Papinien se demande si le droit de gage naîtra à votre profit : si vous avez ignoré que la chose était à autrui ce droit de gage naîtra, si au contraire vous saviez que ce bien ne m'appartenait pas, alors naîtra seulement à votre profit un droit de rétention.

Ici dit-on, « la créance garantie par le droit de rétention n'est pas née en raison de la chose sur laquelle s'exerce ce droit. »

Mais cette opinion de Papinien est isolée, M. Cabrye en convient lui-même ; dès lors que peut prouver ce texte si ce n'est que ce jurisconsulte se faisait une idée différente du droit de rétention. C'est la pratique de la jurisprudence qui a déterminé les règles de son application ; il n'est donc pas étonnant de trouver des

divergences. Mais ce que nous prétendons c'est que la majorité des jurisconsultes ne nous citent que des hypothèses dans lesquelles justement, nous trouvons cette connexité entre la créance et la chose retenue.

C'est ainsi que Paul dans la loi 27 § 5 liv. 6. T. 1, examinant le cas d'un possesseur ayant fait des impenses sur une chose actuellement revendiquée, décide que ce possesseur pourra opposer au propriétaire une exception de dol, *si perseveret actor petere rem suam non reditis sumptibus* : en cette hypothèse on le voit le droit de rétention porte sur la chose à raison de laquelle est née la créance, que le possesseur prétend ainsi recouvrer. Même solution dans un fragment de Papinien, la Loi 48 au même titre ; L'hypothèse est analogue à celle que nous venons de citer ; le jurisconsulte se demande comment un possesseur de bonne foi pourra être indemnisé des impenses qu'il a faites sur l'immeuble d'autrui et il formule ainsi sa solution : « *Verum exceptione doli opposita, per officium judicis, æquitatis ratione (sumptus) servantur.*

Ailleurs dans une tout autre hypothèse Paul accorde au commodataire un droit de rétention sur la chose à lui prêtée, pour se faire indemniser des impenses qu'il a faites sur cette chose.

Il s'exprime ainsi dans la Loi 15§ 2, liv. 47, T 2: « *si ob aliquas impensas quas in rem commandatam fecisti, retentionem ejus habneris* ».

Enfin ce même jurisconsulte dans la Loi 2, princ. liv. 14. T. 2 prenant l'hypothèse d'un capitaine de navire, qui pour alléger son vaisseau, qui menace de sombrer, jette à la mer une partie de la cargaison, ce jurisconsulte se demande si ce capitaine pourra intenter l'*actio conducti* pour réclamer aux propriétaires des marchandises ainsi sauvées, une indemnité pour le préjudice que le jet d'une partie de la cargaison lui a causé ; et Paul rapporte l'opinion de Servius qui déclare que le capitaine aura droit de retenir les marchandises jusqu'à ce que leurs propriétaires l'aient indemnisé.

C'est à l'occasion de ces marchandises que le capitaine a subi un préjudice, et il retient ces marchandises jusqu'à ce qu'il soit remboursé du préjudice qu'elles lui ont causé.

On le voit, par ces quelques exemples de droit de rétention, il y a connexité entre la créance et la chose retenue.

Sans doute l'application du droit de rétention fut très large à Rome, mais elle ne pouvait être indéfinie et nous croyons pouvoir affirmer que les jurisconsultes romains exigèrent tout au

moins, comme condition de validité à son exercice cette connexité entre la créance et la chose.

C'était d'ailleurs le moins qu'ils puissent exiger et accorder un tel droit au delà de cette extrême limite aurait été manifestement contraire à l'équité qu'il avait justement pour but de protéger.

On a même trouvé que cette limite n'était pas suffisante et M. Pret en son *Traité du droit de rétention* (1) estime que l'on « laisse ainsi une part beaucoup trop large à l'application du droit de rétention ».

Selon cet auteur, il ne suffit pas d'un simple *debitum cum re junctum* pour justifier l'exercice du droit de rétention, il faut qu'il y ait confusion de la chose d'autrui avec une partie de mon patrimoine, et il prétend que c'est là une règle formelle posée par les jurisconsultes romains. Il cite à l'appui de sa solution un fragment de Paul *la Loi* 23, § 4, liv. 6, T. 1 : *in omnibus igitur istis, in quibus mea res, perprævalentiam, alienam rem trahit, meamque efficit, si eam rem vindicem per exceptionem doli mali, cogar pretium ejus, quod accesserit, dare.*

Ce texte nous montre que toutes les fois que

1. Pret. *Le droit de rétention* nos 97, 112 et suivants.

la chose d'autrui se sera confondue avec mon patrimoine, j'aurai droit de retenir cette chose, jusqu'à ce que son propriétaire m'ait indemnisé de mes impenses.

Mais ce texte est-il restrictif, constitue-t-il une règle générale pour l'application du droit de rétention.

Rien ne le prouve et comme d'autre part nous avons vu que ce même jurisconsulte Paul accordait ce droit de rétention sans exiger pareille confusion entre la chose d'autrui et le patrimoine du rétenteur, nous pensons pouvoir écarter cette théorie de M. Pret.

Cette opinion, comme nous le verrons plus loin, forcera d'ailleurs son auteur à donner à notre droit, un tout autre caractère que celui que lui reconnaissent manifestement les jurisconsultes romains.

Nous pensons donc que la connexité entre la chose retenue et la créance, suffit toujours à Rome pour autoriser l'exercice du droit de rétention, et ce fut là croyons-nous l'unique limite portée à son application.

Remarquons qu'en exigeant cette connexité entre la créance et la chose retenue, les jurisconsultes exigeaient par cela même l'existence d'un rapport synallagmatique comme source de la créance que le droit de rétention devait garan-

tir. Seulement comme nous venons de le voir ils ne se contentèrent pas seulement de l'existence de ce rapport synallagmatique mais exigèrent en outre cette connexité entre la créance et la chose retenue, comme condition de validité à l'exercice de notre droit.

Nous venons de voir dans quelles conditions ce droit pouvait être exercé, voyons maintenant quels caractères lui furent reconnus.

On a souvent dit que le droit de rétention était un droit réel, transmissible, accessoire, indivisible et non subsidiaire. Passons en revue ces différents caractères et voyons si réellement ils lui furent reconnus.

Tout d'abord lorsque l'on se demande si le droit de rétention est réel, nous croyons que l'on pose mal la question.

Par quel moyen en effet s'exerce à Rome le droit de rétention ? Par *l'exceptio doli* : dès lors cela revient à se demander si *l'exceptio doli* constitue ou non un droit réel ; ce qui ne saurait se comprendre. Le seul intérêt de cette question est d'ailleurs de savoir si le rétenteur peut opposer ou non son droit aux tiers, pourquoi alors se demander si ce droit est réel, alors que la véritable question consiste à savoir si ce droit est opposable aux tiers ? Si notre droit s'était exercé à Rome par un autre mode que

l'exception de dol, cette discussion sur son caractère de réalité aurait pu aisément se comprendre et se résoudre par l'affirmative ; mais son existence étant liée en quelque sorte à celle de l'exception de dol, il devait lui emprunter sa nature et c'est à l'examen des différents caractères de l'exception de dol que va en somme se borner notre étude.

Comme la plupart des auteurs (1) nous reconnaissons que l'exception de dol est une *exceptio personae cohærens* à l'égard du demandeur c'est-à-dire qu'elle ne peut être opposée qu'à lui-même ou à son héritier ou à ses ayants-cause.

Mais il convient de déterminer à quels ayants-cause cette exception peut être opposée. D'après M. Accarias ce n'est qu'à l'héritier du demandeur, à son successeur universel, ou à son successeur particulier à titre gratuit que *l'exceptio doli* peut être opposée. Mais elle ne saurait l'être au successeur particulier à titre onéreux du demandeur.

Le possesseur en lutte avec un acheteur de la chose par lui possédée, mériterait cependant d'être aussi protégé que lorsqu'il entre en lutte

1. Accarias. *Précis de droit romain*, II, 906. M. Glasson. *Du droit de rétention*, p. 9.

avec un tiers quelconque. Les mêmes raisons d'équité qui ont fait admettre dans les autres cas l'exception de dol à son profit, plaident encore ici en sa faveur.

Aussi n'est-ce que par suite d'une simple raison de procédure qu'il ne peut en cette dernière hypothèse user de son droit de rétention.

Pour exercer l'exception de dol il faut pouvoir reprocher un dol au demandeur, et prouver que réellement il a commis un dol. Or que pourrait reprocher notre possesseur à cet acheteur?

En effet ce dernier, nous le supposons, a acheté au légitime propriétaire le droit de revendication de sa chose : en reprenant cette chose il ne fait que strictement user de son droit et ne commet aucun dol.

Celui qui commet un dol, c'est le propriétaire qui tire ainsi parti de sa chose sans indemniser le possesseur.

Mais l'on ne saurait faire supporter à l'acheteur la faute de son auteur et cette considération suffit à expliquer que le possesseur ne puisse lui opposer son droit de rétention.

On nous objectera, il est vrai, que le donataire ne saurait être rendu responsable du dol du donateur, et cependant il est admis que l'on peut lui opposer l'exception de dol. Mais ici les

circonstances ne sont plus les mêmes : tout est profit pour le donataire et sa situation n'est pas très digne de faveur ; tandis qu'il serait souverainement injuste de faire supporter le paiement d'une indemnité par un acheteur, c'est-à-dire par un individu qui ne prétend jouir intégralement de son droit que parce qu'il l'a bel et bien payé.

Telles sont, croyons-nous, les raisons qui amenèrent les jurisconsultes romains à faire cette distinction entre le successeur particulier à titre onéreux, et le successeur particulier à titre gratuit.

En reconnaissant que notre droit était opposable à certains tiers nous avons par cela même indiqué dans quelle mesure il était transmissible passivement.

Il nous reste maintenant, à voir si le droit de rétention est transmissible activement.

Sur ce point tous les jurisconsultes romains sont d'accord et lui reconnaissent ce caractère de transmissibilité. En effet ce droit est lié à la possession de la chose et il se transfère avec la possession elle-même.

Le droit de rétention n'existe que pour garantir le remboursement des impenses qui ont été faites sur la chose retenue, or ces impenses font corps avec cette chose et en constituent une par-

tie de la valeur. En vendant la chose qu'il a entre les mains, le possesseur vend en même temps les améliorations qu'il a faites à cette chose et par suite la vend un prix supérieur. Dès lors il est tout naturel que son successeur lorsqu'il se verra réclamer ce bien par son légitime propriétaire puisse opposer à ce dernier un droit de rétention, jusqu'à ce que celui-ci lui ait versé une indemnité. Les impenses, qui ont augmenté la valeur de la chose, existent encore et il y aurait dol de la part du propriétaire de vouloir reprendre son bien sans en tenir compte.

Nous venons de toucher ainsi au caractère accessoire de notre droit : il n'existe on le voit que tant que se trouve due l'indemnité dont il n'avait que pour but d'assurer le remboursement. L'indemnité cessant d'être due le droit de rétention doit par suite s'éteindre forcément.

Mais bien que presque tous les auteurs soient d'accord sur ce point (1), M. Pret émet cependant un avis opposé (2), et c'est par suite de la fausse notion (que nous avons déjà critiquée) qu'il se fait du fondement du droit de rétention qu'il aboutit à cette théorie.

Il commence par remarquer que l'exercice du

1. Glasson. *Le droit de rétention*, p. 7. Cabrye. *Du droit de rétention*, n° 14.

2. Pret. *Le droit de rétention*, n° 70.

droit de rétention n'implique pas l'existence d'un droit de créance, ce qui est exact au sens strictement juridique de cette expression.

Mais il en tire cette conclusion que notre droit ne peut avoir par suite le caractère de droit accessoire, et « il en est de même pour les cas où il existe incontestablement un droit de créance dans la situation qui donne lieu à l'exercice du droit de rétention, à côté du motif qui sert de fondement à ce dernier droit, puisque le droit de créance n'est nullement pris en considération pour l'exercice du droit de rétention. » Selon cet auteur le droit de rétention a en effet sa source dans un fait, dans ce fait que la chose d'autrui, s'est confondue avec une partie du patrimoine du rétenteur.

Eh bien, quand bien même ce droit de rétention arrive en fin de compte à garantir une créance, on ne doit pas en conclure que ce droit constitue une sûreté de cette créance : le droit de rétention existe à mon profit uniquement parce que la chose d'autrui s'est confondue avec une partie de mon patrimoine ; enfin l'on ne saurait prendre comme argument contraire les expressions employées par les textes, car ils, n'expriment nulle part une idée bien nette : ces textes disent en effet que le droit de rétention est *quasi pignus, loco pignoris*

pignoris nomine ou quasi pignoris loco.

Telle est résumée en quelques mots la théorie de M. Pret.

Il faut reconnaître que cet auteur emploie, pour défendre son opinion, des expressions extrêmement vagues.

Il commence par dire que puisque le droit de rétention n'implique pas l'existence d'un droit de créance, il ne peut alors avoir le caractère de droit accessoire. Prend-il cette expression, « un droit de créance », dans un sens très général, et y comprend-il les obligations naturelles ?

Veut-il dire en somme que notre droit pouvait s'exercer alors même que les parties n'auraient été liées par aucune obligation, même naturelle ? Nous ne pouvons le savoir puisqu'il ne s'en est pas nettement expliqué.

Si M. Pret admet que le droit de rétention puisse s'exercer, alors même qu'aucune obligation naturelle relie les parties, et qu'il n'y a en somme qu'une obligation morale, on comprend qu'en théorie pure, cet auteur arrive à cette conclusion que puisqu'il n'y a pas juridiquement d'obligation principale il ne peut y avoir de sûreté accessoire.

Mais outre, qu'il est très improbable que le Prêteur ait ainsi accordé une exception de dol,

à un individu qui ne peut fonder son droit sur rien, même pas sur une obligation naturelle, on ne conçoit pas bien à quelle conséquence veut arriver M. Pret en soutenant cette doctrine.

A quoi cet auteur veut-il aboutir ? Veut-il dire que l'on aura le droit de retenir la chose même après que l'on aura été indemnisé des impenses faites sur elles ? Je ne crois pas qu'il ait eu jamais cette pensée car cette solution serait certainement fausse : on ne saurait en effet opposer une exception de dol, quand soi-même on commet un dol manifeste.

Eh bien alors, quel intérêt y a-t-il à savoir si le droit de rétention est accessoire ou non, puisqu'en pratique il s'exerce comme une véritable sûreté.

Cette discussion a donc tout au moins le défaut d'être inutile, puisque quelque solution que l'on admette il n'en doit résulter aucun changement dans la pratique de notre droit.

D'ailleurs si M. Pret n'a eu en vue qu'un pur intérêt théorique il faut convenir qu'il fait reposer sa doctrine sur des bases singulièrement fragiles : il fonde en effet son opinion sur la diversité des expressions employées par les jurisconsultes romains, pour qualifier le droit de rétention. Mais peut-on à notre époque connaître quel est le sens exact de ces expressions, et

en déduire avec certitude la pensée de leurs auteurs ?

Nous en doutons fort et une opinion qui ne repose que sur l'interprétation que l'on donne à certains mots est pour nous très sujette à caution.

Nous pensons donc que puisqu'en pratique le droit de rétention, s'exerce comme une véritable sûreté accessoire, n'existant que tant qu'existe l'indemnité qu'il doit garantir, il est plus rationnel de reconnaître à ce droit le caractère de droit accessoire, quelle que soit d'ailleurs la nature civile ou naturelle de la créance garantie.

Si nous admettions sur ce point la théorie de M. Pret, nous serions forcés, comme lui d'ailleurs, de la pousser jusqu'au bout et de refuser le caractère d'indivisibilité à notre droit (1) ; or, cette conséquence, si elle est logique est certainement inexacte et contraire à la notion que l'on se faisait à Rome du droit de rétention.

Reprenant sa même idée que le droit de rétention n'a son fondement que dans la confusion qui s'est opérée entre la chose d'autrui et le patrimoine du rétenteur, M. Pret en arrive à cette conclusion que l'on retient les impenses

1. Pret, *du Droit de rétention*, n° 71.

avec la chose ; « il s'en suit donc que si l'on a restitué une partie de la chose, on doit forcément perdre la fraction des dépenses afférentes à cette partie. »

Mais outre, que le point de départ de cette théorie est faux, sa conclusion se trouve en contradiction avec l'idée d'équité qui a servi de base au droit de rétention et comme le fait remarquer très justement M. Cabrye (1), « l'on accorde ce droit toutes les fois qu'il y a injustice de la part du demandeur à réclamer sa chose sans payer ce qu'il doit ; or, cette injustice est tout aussi manifeste lorsque le défendeur a reçu une partie de ce qui lui était dû, que lorsqu'il n'a rien reçu.

Les textes sont de plus contraires à cette théorie.

C'est ainsi que dans la Loi 19, liv. 20, T. I, Ulpien visant l'hypothèse d'un créancier, qui a reçu en gage plusieurs choses, déclare que ce créancier, « *non cogitur unam liberare, nisi accepto universo quantum debetur.* » Ici le mot *liberare* fait certainement allusion au droit de rétention : le créancier n'est pas tenu d'abandonner son droit de rétention sur une des choses qu'il a en gage, quand il n'a reçu que le paiement d'une partie de sa créance.

1. Cabrye. *Du droit de rétention*, n° 15.

Même solution de la part de Paul dans *la Loi* 85, § 6, liv. 45, T. I ; remarquant que dans une obligation à clause pénale, la peine doit être encourue si le débiteur n'a pas entièrement payé sa dette et que le fait d'en avoir payé une partie, ne peut l'empêcher de subir cette peine, ce jurisconsulte ajoute : « *quemadmodum non prodest, ad pignus liberandum, partem creditori solvere.* » Ici encore, on le voit, il est fait allusion au droit de rétention, et ces deux textes nous montrent bien que le caractère d'indivisibilité était reconnu à notre droit.

M. Pret nous objectera, il est vrai, qu'il n'existe qu'une prétendue analogie, entre le droit de rétention et le droit de gage, qu'ils ont sans doute des ressemblances mais que bien plus grandes sont leurs différences (1).

Mais ne pourrait-on répondre que le gagiste jouit de deux droits bien distincts, d'un droit qui lui est propre et que je n'ose appeler privilège, puisque nous ne sommes pas en droit français, et en plus d'un droit de rétention. M. Pret confond les effets de ces deux droits qui devaient rester distincts.

Lorsqu'il dit : le gage confère une action, il fait allusion, alors, au droit propre du gagiste ;

1. Pret. *Du droit de rétention*, n° 65.

mais à côté de ce droit d'engager une action, se trouve le droit de rétention, or comme nous l'avons vu par les textes cités plus haut, le gagiste peut exercer son droit sur la totalité des choses qu'il retient, quand bien même il aurait reçu le paiement d'une partie de sa créance. Si donc les textes reconnaissent le caractère d'indivisibilité au droit de rétention du gagiste, pourquoi ne lui reconnaîtrait-on pas ce caractère dans ses autres applications.

Il nous resterait à parler du caractère de droit non subsidiaire qui est reconnu au droit de rétention mais nous avons déjà examiné ce point, au début de cette étude et avons constaté que si à la fin de l'époque classique, le titulaire du droit de rétention pouvait user ou de son droit, ou d'une action née d'un contrat, ou encore d'une condition *indebiti*, il n'en avait pas été toujours ainsi, mais qu'à l'origine il constituait la seule ressource de son titulaire ; nous n'y reviendrons donc pas.

Quelle conclusion pouvons-nous maintenant formuler ?

Nous pensons que le droit de rétention fut d'un emploi universel à Rome et que la seule limite à son application fut la connexité exigée entre la créance et la chose retenue.

Il n'eut jamais le caractère d'un droit actif,

permettant l'offensive à son titulaire, mais ne fut qu'un simple moyen de défense accordé à ce dernier ; enfin son unique raison d'être comme son seul but était de faire triompher l'équité méconnue par le droit civil, et c'est ce qui explique et la diversité de ses applications et ses caractères que nous venons d'étudier.

SECTION II

Ancien droit français.

Les lois barbares ne portent pas de mention du droit de rétention, mais est-ce à dire que ce droit fut alors complètement ignoré. Il serait téméraire de l'affirmer.

Comme nous l'avons déjà dit au début de cette étude, le droit de rétention est un droit naturel qui a dû toujours exister, indépendamment de toute disposition législative.

C'était en effet le moyen le plus simple auquel fut tenté de recourir le créancier qui se trouvait être assez heureux pour avoir en sa possession une chose de son débiteur.

Pourquoi les barbares n'auraient-ils pas connu ce droit : rien ne peut nous autoriser à le penser. Leurs lois n'en ont parlé, mais elles pré-

sentent des lacunes tout aussi considérables en des matières cependant plus importantes et les institutions de droit privé qu'elles passent ainsi sous silence existaient cependant chez ces peuples.

Reste à savoir comment était compris alors notre droit de rétention, à quelles règles il était soumis. Sur ce point nous ne pouvons répondre, vue l'absence complète de tout document.

Malgré tout le bouleversement des grandes invasions les lois romaines subsistèrent en certaines régions, notamment dans le midi de la France et par suite le droit de rétention dut s'y exercer, vraisemblablement comme il l'avait été à Rome.

Nous ne parlerons pas des lois féodales non pas qu'elles conservent le même silence que les législations barbares, mais parce que nous ne pouvons les considérer comme ayant été les sources directes de notre droit actuel.

Nous ne faisons en effet ces recherches, que pour découvrir les précédents dont ont dû vraisemblablement s'inspirer, en notre matière, les rédacteurs de notre Code, et connaître ainsi quels principes généraux on doit, dans le silence de nos lois, appliquer aujourd'hui.

Le droit coutumier et surtout les commentaires de ses jurisconsultes seront pour nous de

précieux documents et c'est sur ces points que portera notre étude.

Tandis que le droit de rétention, n'impliquait pas nécessairement à Rome, l'existence d'un droit de créance, mais se rencontrait le plus souvent en dehors de tout rapport juridique, une nouvelle idée se fait jour dans notre ancien droit.

Désormais le droit de rétention sera toujours considéré comme une sûreté accessoire et toujours à côté de lui, existera une créance, dont le titulaire pourra poursuivre directement le paiement ; et ce ne sera pas comme à une certaine époque du droit romain une créance naturelle, mais bien une véritable créance sanctionnée par le droit civil.

Guy Coquille en ses questions sur les coutumes (1) nous montre que cette nouvelle notion du droit de rétention était universellement admise à son époque et chose curieuse, c'est sur le droit romain qu'il s'appuie pour arriver à pareille solution.

Il rapporte en effet l'opinion de deux anciens glossateurs Martinus et Azo, qui après avoir constaté que, en droit étroit, le possesseur n'a

1. Guy Coquille. *Questions et réponses sur les coutumes de France*. Question 198.

pas d'action directe pour répéter les impenses, qu'il a faites sur le bien d'autrui, ajoutent que l'action utile est octroyée pour répéter de telles impenses et c'est, disent-ils, l'action utile *negotiorum gestorum* « pour ce que la directe n'appartient sinon, quand de bonne foi on s'est employé à faire les affaires d'autrui. »

Guy Coquille adopte cette doctrine qu'il dit être d'ailleurs partagée par Dumoulin et il conclut : « partant qu'ès cas où la loi dit que celui qui a frayé n'a point d'action, ainsi seulement rétention, soit entendu de l'action directe, et néanmoins qu'il puisse exercer l'action utile, pour répéter les impenses, qui est l'action utile *negotiorum gestorum* ».

On le voit nos jurisconsultes coutumiers se firent une tout autre idée, que la législation romaine, de notre droit de rétention.

Ils ont voulu chercher un appui dans les lois romaines, mais ce n'est point, croyons-nous, par suite d'une erreur d'interprétation, qu'ils sont arrivés à cette doctrine. A l'époque où vivaient ces jurisconsultes, le droit n'était plus, comme à Rome, restreint en d'étroites limites et l'on ne faisait plus de distinctions entre les contrats et les simples pactes : tous les rapports de droit ou de fait étaient alors sanctionnés avec la même énergie.

Il était donc tout naturel que nos auteurs coutumiers considèrent le droit de rétention comme une véritable sûreté, et si ces jurisconsultes ont cité les lois romaines, ce n'est que pour essayer de justifier, juridiquement, une notion unanimement admise à leur époque et qui ne provient pas d'une erreur d'interprétation.

Il ne faudrait pas d'ailleurs attacher une trop grande importance à cette nouvelle notion, que se firent du droit de rétention nos jurisconsultes coutumiers : il n'y a là en somme qu'une simple nuance et le fond même de la nature de notre droit est resté le même.

Les Romains ne pouvaient regarder le droit de rétention comme une sûreté accessoire d'une créance, puisque le plus souvent ce n'était pas une créance que garantissait ce droit ; mais il garantissait le paiement de l'indemnité qui se trouvait être due au rétenteur et constituait sinon en droit, du moins en fait, une sûreté de cette indemnité, et n'existait, que tant que le droit à cette indemnité, existait lui-même. Lorsque nos jurisconsultes déclarent que le droit de rétention garantit une véritable créance, ils ne font que donner une autre appellation au droit du rétenteur.

Sans doute il en résultera que celui-ci aura

toujours à sa disposition une action directe pour arriver au paiement de ce qu'il prétend lui être dû, mais cette nouvelle notion ne devait pas avoir d'influence sur la nature même du droit de rétention.

C'est donc avec les mêmes caractères qu'à Rome, que nous verrons appliquer notre droit dans l'ancienne France : il y fut considéré comme droit réel, accessoire, indivisible et non subsidiaire.

Nous avons reproduit ici cette expression de droit réel parce que c'est elle qu'employèrent les jurisconsultes coutumiers.

Bien que notre droit ne fut plus soumis aux règles de l'exception de dol, ce n'était encore dans notre Ancien droit qu'un simple moyen de défense, et ce n'était que par une exception qu'il pouvait s'exercer. L'on commettait dès lors la même inexactitude qu'à Rome en le qualifiant de droit réel.

Mais en lui donnant cette qualité nos jurisconsultes ne voulurent pas l'assimiler complètement à un droit réel, ils voulurent simplement qu'il eut la même énergie qu'un droit réel.

C'est ainsi que Dumoulin sous l'article 128 de la coutume de Paris (1), déclare que ce droit

1. Dumoulin sur Paris. p. 888. Tit. 11, art. 128, § 17.

est réel, *quia præfertur omnibus proprietariis et directis et utilibus, et omnibus creditoribus, etiam hypothecariis...* C'est donc parce que cet auteur considère notre droit comme étant opposable aux tiers, qu'il lui reconnaît le caractère de droit réel.

On a objecté, il est vrai, que Dumoulin commettait ici une erreur et qu'il ne suffisait pas pour qu'un droit soit réel, qu'il fût simplement opposable à tous, mais que la véritable caractéristique du droit réel était le droit de suite ; or, le droit de suite fait défaut au droit de rétention.

Nous ne croyons pas exacte une telle conception ; le droit de suite n'est qu'un accessoire, qu'un corollaire du droit réel, mais il n'en constitue pas un des caractères essentiels. Le droit réel est le droit qui portant directement sur une chose, s'impose à tous et doit être également respecté par tous.

Le droit de suite, dont il est le plus souvent armé, ne sert qu'à en fortifier l'exercice.

L'Ancien droit nous montre d'ailleurs, un exemple typique, de droit réel dénué de droit de suite dans la formule : meubles n'ont pas de suite par hypothèque ; elle signifiait alors que l'hypothèque constituée sur un meuble, ne donnait à son titulaire que le droit de préférence et

non le droit de suite, et cependant il est hors de doute que cette hypothèque constituait bien un droit réel.

Nous pensons donc que c'est une idée juste que Dumoulin exprime, en reconnaissant l'énergie d'un droit réel au droit de rétention.

Remarquons qu'il admet l'opposabilité de notre droit beaucoup plus largement, qu'on ne le fit à Rome. Il n'était plus lié, en effet, comme dans cette législation, par les règles de l'exception de dol.

Nous avons en effet précédemment remarqué que si le droit de rétention ne put être, à Rome, opposé aux ayants-cause particuliers à titre onéreux du propriétaire de la chose retenue, ce n'était que par suite d'une simple raison de procédure ; cette raison n'existait plus alors et le droit de rétention put être désormais opposé à tous les ayants-cause du propriétaire primitif. On lui reconnut même une énergie que jamais il n'avait encore eue, et certains auteurs permirent au détenteur d'un immeuble hypothéqué, d'opposer au créancier un droit de rétention pour sûreté des impenses qu'il aurait faites sur cet immeuble.

Telle est l'opinion de Dumoulin (1) qui s'ex-

1. Dumoulin. *Commentaires sur les coutumes de Paris*. § 94, Glos. V, tit. 1 Le fief.

prime ainsi : *tertius hic possessor, nedum potest petere sibi refundi dictas impensas : sed etiam si hoc allegare malit, potest excludere creditorem, offerendo ei aestimationem rei, quae erat tempore quo acquisivit, et eam solvendo liberari ab omni hypotheca, et rem liberam sibi retinere.*

Il faut dire il est vrai que cette théorie fut loin d'être admise par tous, et que Loyseau (1) la déclare absolument fausse. Mais le fait même de cette discussion prouve bien qu'il y avait alors une tendance marquée à donner une grande extension au droit de rétention, et nous y voyons un nouvel argument en faveur de l'opposabilité absolue de notre droit.

Le droit de rétention fut également considéré comme droit indivisible, par nos anciens auteurs, et pour soutenir cette solution, ils se fondèrent sur l'analogie qu'il présentait avec le gage.

Dumoulin (2) n'hésite pas à déclarer qu'il procurera à son titulaire le même avantage qu'un gage ou une hypothèque ; on peut dit-il *constituere quasi pignus, seu quasi hypothecam in praediis suis per viam retentionis sive*

1. Loyseau. *Du déguerpissement*, liv. VI, chap. 8.

2. Dumoulin. *Tractatus contractuum et usurarum*. Question 37, § 278.

exceptionis, videlicet tradendo prædia creditori ». Ce jurisconsulte fait on le voit une assimilation complète entre ces deux sûretés et notre droit, et comme elles il devait être selon l'ancienne formule : *totum in toto et totum in quolibet parte*.

D'ailleurs Pothier (1) reconnaît expressément ce caractère à notre droit et décide « que pour peu qu'il reste quelque chose de dû de la créance le débiteur n'est pas encore recevable à demander la restitution, ni de ce qu'il a donné, ni même de la moindre partie de ce qu'il a donné en nantissement. »

Enfin il ne nous sera pas besoin d'insister longuement sur le caractère de droit non subsidiaire qui était reconnu au droit de rétention. Le fait que l'on considérait son titulaire comme toujours investi d'un droit de créance suffit à le démontrer, et nos jurisconsultes en admirent l'exercice même en faveur d'un créancier privilégié à qui son privilège aurait dû cependant suffire.

C'est ainsi que d'Argentré sous l'article 193 de la coutume de Bretagne, qui accorde un privilège aux laboureurs, aux voituriers etc., ajoute : *hi retentionem habent et personalem privilegiatam, addo et hypothecam*.

1. Pothier. *Traité du nantissement*, chap. II, n. 43.

Le droit de rétention eut donc dans notre ancienne France les mêmes caractères qu'à Rome, mais quel fut alors son fondement, sur quel principe s'appuya-t-on pour en régler l'exercice, c'est ce que nous devons maintenant rechercher.

Il semblerait que nous eussions dû tout d'abord étudier la base de notre droit et examiner ensuite quels étaient ses caractères ; mais en déterminant quel fut alors le fondement du droit de rétention, nous déterminerons par cela même l'étendue de son application, et l'on ne peut parler de l'application d'un droit sans en connaître les caractères.

De même qu'en droit romain, l'on exigea toujours en notre ancien droit, l'existence d'un *debitum cum re junctum* pour justifier l'exercice du droit de rétention, mais l'on n'exigea, croyons-nous, rien de plus.

Nos jurisconsultes coutumiers furent tous très favorables à notre droit, à ce point qu'ils voulurent lui accorder une énergie qu'il n'avait pas eue précédemment ; il serait donc étonnant que ces mêmes jurisconsultes aient voulu lui imposer une limitation inconnue jusqu'alors.

C'est cependant ce qu'a prétendu M. Cabrye (1), et se fondant sur un passage de Voët, il a

1. Cabrye. *Du droit de rétention*, n° 54.

émis cette opinion, que dans notre ancien droit le droit de rétention n'était accordé que lorsqu'un texte formel en autorisait l'exercice.

Dans son commentaire sur les Pandectes, Voët (1), dit en effet, au titre de la compensation : *jus retentionis a lege vel consuetudine datum est*.

Mais si l'on continue à lire le passage dont cette phrase est tirée, l'on s'aperçoit bien vite que Voët, n'a pas voulu donner ainsi une règle générale, pour l'application de notre droit, et que cette phrase est une pure incidence.

En effet, ce jurisconsulte nous apprend quelques mots plus loin, que le droit de rétention est transmissible; c'est de ce caractère de transmissibilité de notre droit dont il s'occupe ici, et bien certainement il n'a pas eu l'intention de nous fixer une règle pour son application.

Il est à remarquer que cette phrase., « *jus retentionis a lege vel consuetudine datum est* », vient à la fin d'un paragraphe, dans lequel Voët nous cite de nombreux cas d'application du droit de rétention, et cela sans nous avertir que c'est en vertu d'un texte législatif quelconque, qu'il admet en tel cas, l'exercice

1. Voët. *Commentaire sur les Pandectes*. Tome I. liv. XVI lit. 2, § 20, *in fine*.

de notre droit, ce que certainement il n'aurait pas manqué de faire, s'il pensait, comme le suppose M. Cabrye, que le droit de rétention n'est accordé qu'en vertu d'une disposition expresse.

Mais il y a plus : dans le titre suivant de son ouvrage, dans le titre du dépôt, Voët (1), déclare nettement : « *nec hanc restitutionem impedire potest retentio, ob impensas in ipsam rem depositam factas.* »

S'il émet cette opinion c'est par application d'une disposition de Justinien, la loi 11 au code liv. 4. T 34, qui ôta au dépositaire le droit de rétention, qu'il avait précédemment, pour sûreté des impenses, par lui faites, sur la chose déposée.

Or il était admis en droit français, Pothier (2), le déclare formellement, que le dépositaire pouvait retenir la chose déposée jusqu'à ce qu'on l'ait remboursé des impenses, qu'il avait faites sur cette chose. Il est donc curieux de remarquer que Voët, qui, selon M. Cabrye, n'accorderait le droit de rétention que lorsque la loi ou la coutume, l'autorise expressément, refuse justement ce droit, dans un cas où il était admis.

Si ce commentateur avait attaché une si

1. Voët. *Commentaire sur les Pandectes*, Tome I. liv. XVI. Titre 3, § 9.

2. Pothier, *Dépôt*. Tome II, p. 68.

grande importance à sa phrase : *jus retentionis a lege vel...* etc., il est vraisemblable qu'en déclarant quelques pages plus loin, que le dépositaire n'avait pas le droit de rétention, il se serait souvenu de la limite qu'il apportait précédemment à l'exercice de ce droit, et aurait fait remarquer que si dans le dernier état du droit romain, le dépositaire ne jouissait pas du droit de rétention, ce droit lui était reconnu à l'époque où il écrivait.

Et en affirmant que ce droit lui était reconnu, je ne fais que m'en rapporter à Pothier, qui pose comme certain et hors de doute, le droit pour le dépositaire de retenir la chose déposée pour sûreté des impenses qu'il a faites sur cette chose.

D'ailleurs rien ne nous prouve que Voët, en nous disant que notre droit avait sa source, soit dans la loi, soit dans la coutume, ait voulu prendre ce dernier mot dans le sens technique qu'il avait alors ; n'est-il pas plus vraisemblable de penser qu'il n'a voulu que rappeler en passant que le droit de rétention n'existait, que lorsque la loi ou la pratique de la jurisprudence en avait admis l'exercice.

Du reste, les jurisconsultes coutumiers ne font jamais allusion à une pareille limitation, et les nombreuses et diverses applications qu'ils font du droit de rétention suffisent à réfuter cette

théorie. Il est de plus à noter que lorsque les coutumes nous citent des exemples de notre droit, leurs articles ne sont pas conçus comme des dispositions exceptionnelles que l'on doive interpréter restrictivement : la lecture de ces textes le prouvera d'ailleurs.

L'article 363 de la Coutume d'Orléans, traitant du retrait lignager déclare que le retrayant peut exercer son retrait en remboursant à l'acheteur ses « loyaux coûts et mises », et l'article 370 porte que le retrayant a depuis le moment où le retrait est exigé 24 heures pour indemniser l'acheteur et que passé ce délai il sera déchu de son retrait.

Il ressort de ces deux articles que le retrayant ne peut exercer le retrait, qu'en indemnisant l'acheteur, et que par suite celui-ci a droit de retenir ce qu'il a acheté, jusqu'à ce qu'il ait été remboursé de ses loyaux coûts et mises. L'article 370 n'a pour but que d'exercer une pression sur le retrayant et ne fait que fortifier le droit de rétention de l'acheteur.

D'ailleurs s'il restait un doute, sur l'existence de ce droit de rétention, l'article 372, suffirait à le dissiper, car il décide qu'en aucun cas le retrait ne peut être exercé avant la liquidation préalable des impenses (icelles préalablement liquidées).

C'est donc bien un droit de rétention qui est accordé à l'acheteur et il est à remarquer que aucun de ces articles ne porte l'expression même de droit de rétention. S'il s'agissait d'une disposition exceptionnelle, l'article de la coutume aurait-il été ainsi rédigé ?

Quelques articles plus loin nous avons une nouvelle preuve que l'on ne doit pas interpréter, restrictivement, les dispositions de nos coutumes, qui accordent le droit de rétention : en l'article 381, en effet, il s'agit d'une hypothèse absolument spéciale et en ce cas particulier, nous voyons accorder le droit de rétention, sans que rien dans la rédaction de l'article ne nous autorise à penser que cette décision de la loi constitue une exception.

L'article suppose que deux époux ont acheté un bien soumis à retrait lignager et décide que ce retrait ne pourra être exercé qu'après la dissolution de la communauté ; mais à ce moment l'époux survivant ne sera tenu de rendre le bien, qu'il a acheté avec son conjoint, que lorsque le retrayant l'aura indemnisé du prix principal, loyaux coûts, mises et impenses utiles et nécessaires.

Nous trouvons une solution analogue dans l'article 373 de la coutume d'Anjou, qui porte, que le retrayant doit avant d'exercer le retrait,

rembourser à l'acheteur, dans les huit jours de la connaissance du retrait, le prix et les loyaux coûts.

Enfin l'article 305 de la Coutume de Paris et l'article 306 de la Coutume d'Orléans, qui constituent l'origine de l'article 867 de notre Code civil, décident que le donataire de biens sujets à rapport n'est tenu d'effectuer ce rapport, que s'il a été remboursé préalablement de ses impenses, et ils accordent ainsi un droit de rétention au donataire.

Mais quoique ces différents articles des coutumes soient rédigés en termes très larges et nullement restrictifs, ils ne prouveraient rien quant à l'étendue d'application du droit de rétention, dans l'ancienne France, si nous ne venions les corroborer par l'autorité de nos grands jurisconsultes.

Nous examinerons d'abord les commentaires qu'ils firent sur nos différentes coutumes, et nous verrons que bien loin d'interpréter restrictivement leurs dispositions, ils accordèrent le droit de rétention par suite de simples raisonnements d'analogie.

L'article 193 de la coutume de Bretagne (art. 183 de la nouvelle coutume) porte « que les voituriers, laboureurs, qui ont labouré ou fait autres choses pour raisons desquelles la chose

est venue ou a été conservée, sont préférés pour leurs salaires sur les dites choses voiturées et ainsi venues et conservées ».

Commentant cet article, d'Argentré (1), compare la situation de ces personnes à celle d'autres individus qui auraient ainsi amélioré ou conservé la chose d'autrui : « *item nautæ et tabellarii et carurarii qui res vehendas coducunt* » et il ajoute : *hi retentionem habent et personalem privilegiatam addo et hypothecam*. Cependant l'article ne parle nullement du droit de rétention ; il ne laisse même pas à entendre qu'il pourrait être exercé, comme le faisaient les articles des coutumes d'Orléans ou d'Anjou, que nous avons cités plus haut, et pourtant d'Argentré n'hésite pas à reconnaître à ces voituriers laboureurs..., etc., un droit de rétention. Pourquoi ? Tout simplement par suite de cette vieille idée que quiconque a fait des frais sur une chose, ou à l'occasion de cette chose, n'est pas tenu de la rendre à son propriétaire, avant d'avoir été indemnisé de ses impenses, et qu'une personne à la fois créancière et débitrice du même individu ne peut contraindre celui-ci à lui payer sa créance si elle-même refuse d'acquitter sa dette ; et cet auteur ne fait

1. D'Argentré. *Commentaire sur la coutume de Bretagne* p. 613.

qu'appliquer la solution romaine qu'il rappelle d'ailleurs au début du passage que nous citons.

C'est donc que le droit de rétention avait à cette époque une étendue d'application aussi considérable qu'à Rome, c'est donc qu'il pouvait être accordé par analogie des dispositions législatives, qui en admettaient expressément l'exercice.

Le fait même de citer d'autres personnes que celles dont il est question dans l'article 193 prouve bien, que d'Argentré ne concevait pas que le droit de rétention put être restreint en d'étroites limites ; bien certainement au contraire il considérait ce droit comme étant d'une application générale.

On pourrait objecter qu'en accordant en cette hypothèse, le droit de rétention, d'Argentré ne faisait pas à son titulaire une très grande faveur puisqu'il jouissait déjà d'un privilège ; mais c'était quand même une faveur, car il était bien plus simple et bien moins coûteux pour le voiturier de garder la chose jusqu'à ce qu'on l'ait payé, plutôt que de la faire vendre et de se faire payer ensuite par privilège sur le prix.

Mais en admettant même que l'emploi du droit de rétention n'ait procuré en cette hypothèse aucun nouvel avantage à son titulaire, il n'en resterait pas moins vrai que l'article de la cou-

tume ne lui en avait en aucune façon permis l'exercice, et que c'est en dehors de ses dispositions que d'Argentré en admet l'usage.

Comment dès lors peut-on soutenir que le droit de rétention ne peut être exercé que lorsque la loi l'autorise expressément ?

L'opinion de d'Argentré n'est, d'ailleurs, pas isolée, et nous trouvons un nouvel appui à notre théorie dans le commentaire de Dumoulin sur la coutume de Paris.

En effet sous l'article 128 de cette coutume (1), (article 311 de la nouvelle coutume) ce jurisconsulte examinant le cas d'un père de famille qui ayant labouré et semé dans le champ de sa fille, qui serait venue à mourir, décide que bien qu'il ne soit pas saisi, « car les collatéraux sont saisis de tous les propres » il peut réclamer une indemnité pour ses labours et semences et comme sûreté de cette indemnité, exercer un droit de rétention : « Davantage combien que le père ne soit pas saisi, si a-t-il *jus retentionis*, car il n'est pas de pire condition qu'un simple fermier ou colon partiaire ou stipendaire, *qui nummis colit, qui haberet jus retentionis* ; et plus loin au § 19 ce jurisconsulte ajoute : « et ainsi le père pour avoir été tuteur, ne doit et ne peut

1. Dumoulin sur Paris. Titre 11, art. 128 § 16 et 19.

être de pire condition, que si un tiers eût été tuteur ou si un étranger usurpateur eût labouré et semé. » Ici encore c'est en dehors des dispositions de la loi que Dumoulin accorde le droit de rétention à ce père de famille ; et sur quoi se fonde-t-il ? Ce n'est même pas sur un autre article de la coutume mais tout simplement sur une pratique universellement admise, et comme d'Argentré c'est sur la même idée qu'il fonde l'exercice de notre droit, sur cette idée que lorsque deux personnes se trouvent liées par des obligations réciproques, l'une ne peut contraindre l'autre à remplir son obligation si elle-même se refuse à accomplir la sienne.

C'était là, nous le répétons, une pratique unanimement admise à l'époque de Dumoulin, une pratique qui n'était pas fondée sur une loi, sur un texte quelconque, mais dérivait uniquement du principe d'équité que nous venons de rappeler.

Il n'est donc pas possible de supposer que l'usage du droit de rétention dût être restreint aux seules hypothèses prévues par la coutume : le contraire nous semble évident.

Ailleurs ce même jurisconsulte Dumoulin (1) accorde le droit de rétention non seulement au

1. Dumoulin. *Commentaire sur la coutume de Paris*. § 101. Glos. V. Tit. 1. *Le fief*.

possesseur de bonne foi mais encore au possesseur de mauvaise foi, et remarquant que quoique ce dernier en faisant des impenses sur l'immeuble d'autrui, n'a pas eu en vue l'intérêt de ce dernier mais a bien eu l'intention d'usurper le droit du propriétaire, il ajoute : *et sic non perdit sed debet recuperare saltem quatenus dominus efficeretur locupletior, tempore reeuperationis rei suae, et hoc nedum per modum retentionis sed etiam via actionis* ; et quelques lignes plus loin il nous donne ainsi, les raisons de sa décision : *quia non debet dominus ex aliena jactura lucrum facere*.

Bien que le propriétaire ait en face de lui un individu indigne de pitié, il serait contraire à l'équité qu'il s'enrichisse à ses dépens, et c'est uniquement pour cette raison que le jurisconsulte admet ici l'exercice de notre droit.

Nous avons déjà vu du reste qu'il permettait au titulaire du droit de rétention, d'opposer son droit à un créancier hypothécaire, (1) et que Loyseau (2) bien que contredisant Dumoulin sur ce point reconnaît que « que cette opinion est si commune qu'il n'y ait presque auteur de

1. Dumoulin. § 94 Glos. V. T. 1. *Le fief*.

2. Loyseau. *Du déguerpissement*. Liv. VI, chap. 8.

renom, ancien ni moderne qui ne l'ait tenue ».

Nous avons tiré de cette discussion un argument en faveur de l'opposabilité absolue de notre droit aux tiers, nous pouvons encore en tirer un argument en faveur de l'extension générale qui fut donnée au droit de rétention dans l'ancienne France.

Il est à remarquer en effet que Loyseau ne dit nullement que ce droit ne puisse être exercé que dans les cas spécialement désignés par la coutume et l'on ne saurait déduire de cette opinion que notre droit fut d'un emploi restreint.

La discussion ne porte que sur l'effet du droit mais, encore une fois, le seul fait d'avoir voulu donner une telle énergie au droit de rétention, prouve que ce droit était alors en grande faveur.

De plus si ce droit de rétention n'avait pu s'exercer que lorsque la coutume le permettait, la coutume en fixant ses cas d'application, aurait décidé en même temps quels devaient être ses effets, s'il en avait été ainsi Dumoulin et Loyseau se seraient rapportés aux textes de la coutume, et ce serait sur eux qu'aurait porté leur discussion : Or ils ne le font pas et ils limitent leur controverse à l'étude d'une loi romaine.

Nous n'avons parlé jusqu'ici que des commentaires de nos jurisconsultes sur les coutumes voulant montrer que ses auteurs ne s'attachaient pas strictement à la lettre de ces textes, mais accordaient le droit de rétention par suite d'une simple interprétation d'analogie, mais nous verrons dans leurs ouvrages, qui n'ont pas trait spécialement à l'étude des coutumes, qu'ils nous citent des cas nombreux et variés d'application du droit de rétention et prouvent par cela même que ce droit était d'un emploi universel à leur époque.

C'est ainsi que Loysel (1) permet à un locataire de retenir « ses louages pour réparations nécessaires par lui faites, du consentement du propriétaire, ou après sommation précédente. »

Il s'agit du cas d'un locataire qui a pris à sa charge soit après autorisation du propriétaire soit après sommation à lui faite, des réparations nécessaires qui doivent être, comme telles, payées par le propriétaire : le locataire refusera alors de payer son loyer tant que son propriétaire ne l'aura pas remboursé.

C'est toujours cette même idée de rapport synallagmatique qui sert encore ici de base à l'exercice de notre droit : le locataire se refuse

1. Loysel. *Institutes coutumières*, liv. III, tit. 6 § 9.

à accomplir son obligation tant que le propriétaire n'aura pas accompli la sienne et cette seule idée peut suffire pour justifier l'emploi du droit de rétention.

Mais, nous ne trouvons plus ici cette connexité intime entre la chose que l'on retient et la créance que l'on prétend recouvrer.

En effet, le locataire ne retient pas la chose à propos de laquelle est née sa créance, il ne retient pas la chose louée, il ne retient que le fruit de cette chose et l'on ne peut considérer le fruit d'une chose comme la chose elle-même.

Si Loysel accorde ici un droit de rétention du locataire, sur le loyer, c'est que, croyons-nous, il ne serait pas possible de faire porter ce droit sur autre chose. Le locataire n'a pas en effet, à retenir l'immeuble loué, le propriétaire, en notre hypothèse, ne lui enjoignant pas de vider les lieux; ce n'est donc qu'en retenant les loyers qu'il pourra exercer, sur le propriétaire, une mesure de coercition, et l'amener ainsi à lui rembourser les frais des réparations.

La situation de ce locataire est d'ailleurs très favorable, et l'on comprend fort bien que Loysel n'ait pas hésité à admettre, à son profit, l'exercice du droit de rétention, bien que l'on se trouve un peu en dehors des circonstances dans lesquelles on l'accordait généralement; d'ailleurs

la créance que le locataire prétendait ainsi recouvrer, avait sa source dans un contrat synallagmatique, dans le contrat de bail, par lequel s'il s'était obligé à payer son loyer, son propriétaire, en revanche, s'était obligé à le faire jouir de la chose louée. Et ne l'oublions pas, l'idée de rapport synallagmatique, est l'idée essentielle qui domine toute la matière du droit de rétention, et sans laquelle l'exercice de ce droit ne saurait se concevoir : comme nous l'avons déjà remarqué en droit romain, nos jurisconsultes coutumiers, en exigeant, pour autoriser l'exercice du droit de rétention, la connexité entre la créance et la chose retenue, exigeaient par cela même l'existence d'un rapport synallagmatique, à la base de la situation qui donnait ouverture à l'exercice de notre droit.

Nous venons de voir que Loysel se contentait d'un simple rapport synallagmatique, et c'est là une nouvelle preuve que notre droit fut d'un emploi absolument universel dans l'ancienne France.

Enfin Garsias, au xv^e siècle, nous parle dans son traité de *Expensis et meliorationibus* (1), du droit de rétention en des termes tels qu'ils ne laissent aucun doute, sur l'application géné-

1. Garsias. *De expensis et meliorationibus*. Chap. I, n° 16.

rale qui était faite de notre droit à son époque. Il s'exprime d'ailleurs ainsi : *qui expensas facit in colendis fructibus et colligendis et servandis, causam habet retentionis cohaerentem ipsi rei quæ causa retentionem inducit : nam licet regulariter res quæ pignori non est tradita non possit pro debito retineri ; si tamen reperitur expensum in ipsa re, tunc habet, qui expendit, causam retentionis cohaerentem ipsi rei, licet res ipsa non sit in pignus tradita...* et le jurisconsulte appuie son opinion sur un texte de Pomponius la Loi 8 princ. liv. 13, tit. 7, qui accorde à celui qui a fait des dépenses, soit à l'occasion d'un esclave, soit sur un fonds de terre, un droit de rétention sur cet esclave ou sur ce fonds.

Comme nous l'avons précédemment remarqué, à propos d'un passage de D'Argentré, nos jurisconsultes coutumiers se rapportent toujours en notre matière aux solutions romaines : c'est sur elles qu'ils s'appuient pour justifier l'exercice du droit de rétention, c'est donc que ce droit était à leur époque d'une application aussi générale qu'à Rome.

D'ailleurs si l'on continuë à lire ce passage de Garsias, on voit que cet auteur après avoir posé ce principe, que quiconque a fait des impenses sur la chose d'autrui, jouit sur cette

chose d'un droit de rétention, tant qu'il n'a pas été indemnisé des dites impenses, ajoute que ce principe est susceptible d'applications nombreuses : « *quod eadem ratio postulat in scriptore et tabellione, ut acta processus, pro non soluto mercede, retinere possint.* » Il est vrai que plus loin, Garsias, reconnaît qu'un tel droit a été refusé aux avocats et procureurs ; mais l'unique raison de cette prohibition, est que l'on veut une rapide solution des affaires judiciaires.

D'ailleurs cette prohibition n'exista, ni toujours, ni partout, et Guy Coquille, dans ses questions et réponses (1), nous cite un arrêt du Parlement de Nevers de l'année 1547, qui justement reconnaît aux procureurs le droit de retenir les pièces du procès pour sûreté des frais que ces actes leur ont causés ; mais cet arrêt est surtout remarquable en ce sens qu'il refuse à ces mêmes procureurs le droit de retenir ces pièces pour sûreté de leurs honoraires, et Guy Coquille nous déclare formellement à ce sujet que « la rétention n'est octroyée du droit, sinon pour les frais faits à la conservation et amendement d'icelle. »

C'est donc bien la preuve que nos juriskon-

1. Guy Coquille. *Questions et réponses*. Question 197.

sultes exigeaient une connexité entre la créance et la chose retenue pour autoriser l'exercice du droit de rétention, mais ils n'exigeaient que cela et leurs commentaires prouvent suffisamment que ce droit n'existait pas seulement quand la coutume en autorisait l'exercice, mais était au contraire d'une application générale.

Mais il y a un fait qui prouvera plus manifestement encore que le droit de rétention était alors d'un usage universel.

Nous voulons parler des ordonnances de Villers-Cotterets d'août 1539, de Moulins, d'août 1566 et enfin de l'ordonnance de 1667, qui toutes trois eurent pour but de mettre un terme aux abus que l'exercice du droit de rétention avait occasionnés.

Si les cas d'application de ce droit avaient été étroitement fixés par la Coutume, ces ordonnances n'auraient pas eu de raison d'être et il n'aurait pas été nécessaire de les promulguer : les textes de la coutume auraient en effet suffi à cette tâche.

Si donc le pouvoir royal crut devoir intervenir en promulguant ces ordonnances, c'est que notre matière n'était réglée par aucun texte législatif et que seule jusqu'alors la pratique de la jurisprudence avait fixé les limites d'application de notre droit.

Des abus avaient dû fatalement se produire (1), des défendeurs avaient dû profiter du droit de rétention pour faire traîner les procès en longueur : c'est ce que voulurent empêcher ces ordonnances. Elles ne prohibèrent pas le droit de rétention mais en réglementèrent l'exercice.

L'ordonnance de François I^{er}, rendue à Villers-Cotterets en août 1539 porte en son article 97 que si « sur l'exécution du jugement ou arrêt était requis connaissance de cause pour améliorations, réparations ou autres droits qu'il conviendra liquider, le condamné sera tenu de vérifier et liquider les dites réparations, améliorations, ou autres droits pour lesquels il prétend rétention des lieux et choses adjugés, dans un certain bref délai, seul et péremptoire, qui sera arbitré par les exécuteurs, selon la qualité des matières et distances des lieux », et l'article ajoute que faute par le défendeur de faire la liquidation de ses impenses dans le délai prescrit, « il sera contraint de se désister et départir de la jouissance des choses adjugées, en baillant caution par la partie qui aura obtenu de payer après la liquidation, ce qui serait demandé par le condamné ».

On le voit cet article reconnaît parfaitement

1. M. Glasson. *Du droit de rétention*, p. 18 et 19.

au défendeur, le droit d'user de rétention sur la chose qu'il a été condamné à délaisser, lorsqu'il a fait des impenses sur cette chose.

Son droit n'est pas contesté, mais ce qu'il ne veut pas l'ordonnance, c'est que en usant abusivement de son droit, le défendeur retarde indéfiniment l'exécution du jugement.

L'ordonnance de Moulins d'août 1566, rendue sur la proposition du chancelier de L'Hôpital, va plus loin et permet l'exécution préalable des jugements, à charge par le demandeur de donner caution au défendeur des indemnités qu'il lui doit.

Ici le défendeur ne peut plus user de son droit de rétention, mais l'Ordonnance lui accorde une autre sûreté, pour l'indemnité qui lui est due : elle lui accorde une caution. L'Ordonnance ne conteste donc pas le droit du défendeur, et elle ne fait que substituer à son droit de rétention une autre sûreté.

La raison de cette disposition nous est d'ailleurs donnée par l'article 52. C'est dit-il, pour faciliter les exécutions des arrêts et jugements.

C'est donc que l'exécution de ces jugements était fort lente et en quelque sorte à la merci du défendeur, qui, en usant du droit de rétention, pouvait paralyser indéfiniment le droit de son adversaire. En aurait-il été ainsi, si la cou-

tume avait fixé les cas d'application de notre droit, si elle en avait limitativement réglementé l'exercice ?

Evidemment non, et comme nous l'avons dit plus haut, le pouvoir royal n'aurait pas eu, en effet, besoin alors, d'intervenir.

L'ordonnance d'avril 1667 revint à la pratique de l'ordonnance de 1539 et permit au défendeur d'opposer un droit de rétention, pour sûreté des impenses qu'il avait faites sur la chose, qu'il était condamné à délaisser, mais comme sous l'ordonnance de François 1^{er} il ne devait pouvoir user de son droit, que pendant un certain délai qui devait être fixé par le juge.

L'examen de ces trois ordonnances, nous montre que notre matière avait grand besoin d'être réglementée et que l'exercice du droit de rétention pouvait constituer une arme fort dangereuse, dans les mains d'un plaideur de mauvaise foi.

Mais, si ces ordonnances apportèrent une certaine restriction à l'usage de notre droit, elles ne nous dirent pas en quels cas il put être utilement invoqué, et elles laissèrent libre champ à l'interprétation de la jurisprudence.

L'emploi du droit de rétention resta donc aussi général qu'avant leur promulgation, et nous en trouverons la preuve certaine dans les commen-

taires de Voët et de Pothier, par l'examen desquels nous terminerons cette étude de l'ancien droit.

M. Cabrye avait fondé sur une phrase de Voët son opinion, que le droit de rétention n'était accordé dans notre ancienne France, que lorsque la loi ou la coutume l'autorisait ; le passage dont cette phrase est tirée, va nous servir d'argument contraire, et nous apporter une nouvelle preuve de la généralité des applications de notre droit.

Comme nous l'avons précédemment remarqué, la phrase de Voët : *jus retentionis a lege vel consuetudine datum est*, phrase sur laquelle M. Cabrye appuie son opinion, n'est qu'une pure incidence.

Elle vient après une longue énumération de situations diverses dans lesquelles, l'exercice du droit de rétention est possible ; or cette énumération n'est nullement limitative, le jurisconsulte ne fait que nous donner des exemples d'application de notre droit et ne prétend, en aucune façon, que ce ne soit que dans ces seuls cas que ce droit puisse être exercé.

Voici d'ailleurs comment s'exprime Voët (1) :
« *Pluribus autem in causis retentio usum*

1. Voët. *Commentaire sur les pandectes*. Tome I. liv. 16
Titre 2 § 20.

invenit, et plus loin : præcipue retentionis locus ob id, quod occasione rei retentæ, debetur; veluti ob impensas in eam factas, aut opificia vel artificia circa eam præstita; qua ratione fullones, sartores, bonæ vel malæ fidei possessores, panni, vestis, rerum possessarum retentione sibi recte consulunt, pro mercede vel impendis factis obtinendis; uti et magistri navium habent jus retinendi merces pro naulo. » Ce passage est peut-être un peu long mais il était, croyons-nous, nécessaire de le reproduire en entier pour bien saisir la pensée de son auteur. On remarquera qu'il n'y est fait allusion à aucun texte de coutume.

Voët commence par nous dire que l'exercice du droit de rétention se produit en plusieurs hypothèses : ces simples mots suffiraient à prouver que son usage n'est nullement limité, puisque le jurisconsulte ne nous dit pas que ces différents cas soient sanctionnés par un texte quelconque, mais plus loin il nous déclare que le droit de rétention porte sur la chose, sur laquelle le rétenteur a fait des impenses, et que c'est dans cette hypothèse que la plupart du temps son exercice à lieu.

C'est la vieille idée romaine qui reparaît ici : c'est la connexité entre la créance et la chose

retenue qui est encore ici exigée, et le jurisconsulte semble bien poser ainsi une condition unique et générale à l'exercice de notre droit, puisqu'il fait suivre sa proposition de ces mots : *qua ratione fullones, sartores...* etc.

Or, c'est après toute cette énumération, qu'il ajoute : il n'est pas douteux que ce droit qui est octroyé par la loi ou la coutume, soit transmissible. Peut-on soutenir que cet auteur ait eu en vue, alors, de nous apprendre en quel cas l'usage de notre droit était possible ?

Nous ne le croyons pas : c'est dans l'alinéa précédent qu'il nous dit suivant quelles conditions le droit de rétention est exercé, puis il passe à un autre ordre d'idées et ajoute qu'il ne croit pas douteux que ce droit, dont il vient de fixer les règles d'application, que ce droit soit transmissible.

S'il avait voulu apporter une limite à l'application de notre droit, il l'aurait fait dans l'alinéa précédent, or il ne l'a pas fait ; il n'y dit même pas que la connexité entre la créance et la chose retenue soit toujours exigée pour justifier l'exercice du droit de rétention, il dit simplement que, la plupart du temps, cette connexité existe.

C'est donc qu'il n'y avait aucune règle fixe puisque Voët ne pose même pas comme limite générale à l'application de notre droit, cette

connexité entre la créance et la chose retenue. On ne peut pas d'ailleurs prétendre que Voët, en n'exigeant pas un *debitum cum re junctum*, pour justifier l'exercice du droit de rétention, émette ainsi une opinion isolée ; nous avons vu en effet Loysel (1) se contenter d'un simple rapport synallagmatique et permettre au locataire de retenir ses loyers comme sûreté de l'indemnité, qui lui était due, à raison des réparations nécessaires qu'il avait faites à la chose louée.

Il faut donc en conclure que l'usage du droit de rétention fut tout à fait général dans notre ancienne France, et que même en certains cas nos juriconsultes se montrèrent moins rigoureux que leurs prédécesseurs romains ; mais il faut remarquer que jamais ils ne nous proposèrent des exemples d'application du droit de rétention dans lesquels il n'y eut pas un rapport synallagmatique comme source de la créance que ce droit devait garantir, et de même qu'à Rome, le droit de rétention, ne fut dans notre ancienne France, qu'un moyen légal accordé au co-contractant d'une convention synallagmatique de refuser l'accomplissement de son obligation, tant que son co-contractant n'aurait pas accompli la sienne (2).

1. Loysel, *Institutes coutumières*. Liv. III. Tit. 6, § 9.

2. Si Voët avait, réellement, eu l'opinion qu'on lui prête

Nos jurisconsultes coutumiers exigèrent, sans doute, la plupart du temps, que la créance soit connexe à la chose retenue, mais nous croyons que cette dernière règle y fut moins rigoureusement respectée qu'à Rome.

Nous terminerons cette étude de l'ancien droit français en examinant, sur notre matière, les ouvrages de Pothier. Cet auteur résuma en quelque sorte tout ce qu'avaient écrit avant lui les jurisconsultes coutumiers, et c'est de ces œuvres que s'inspirèrent directement les rédacteurs de notre Code Civil et c'est lui qui nous apprendra le mieux, quelle fut dans notre ancienne législation la notion exacte du droit de rétention.

Nous ne trouverons pas dans ses écrits de théorie générale du droit de rétention, mais simplement, des espèces particulières. Mais ces cas bien loin de nous les présenter comme des hypothèses exceptionnelles il les considérera comme étant l'application du droit commun à son époque.

Dans son *Traité du commodat*, Pothier (1), nous apprend que le commodataire a droit de

et que par suite le droit de rétention eût été réglementé législativement, Pothier ferait, certainement, allusion à l'abandon de cette réglementation. Or nous verrons que Pothier n'en parle nulle part.

1. Pothier. *Prêt à usage*, chap. II, n° 43-44.

retenir la chose à lui prêtée, jusqu'à ce que le prêteur l'ait remboursé de ses impenses, et il ajoute que « l'emprunteur a cela de commun avec tous ceux qui ont fait des impenses pour la conservation d'une chose, qui se trouve en leur possession, qu'ils ont un droit de rétention de cette chose, pour s'en faire rembourser, la chose étant censée obligée par les dites impenses : *veluti quodam pignoris jure* ».

Voilà bien l'affirmation la plus formelle, que dans notre ancien droit, quiconque avait fait des impenses sur une chose, jouissait sur cette chose d'un droit de rétention ; c'est bien là un principe général que Pothier applique ici, et en le faisant il ne se réfère à aucune coutume, ce qu'il n'aurait certainement pas manqué de faire, s'il avait eu quelque texte à invoquer.

Quelques mots plus loin, il apporte, d'ailleurs, une limite à l'application de notre droit.

Or c'est la limite traditionnelle exigée par les jurisconsultes romains, qu'il rappelle ici : comme eux il exige, pour valider l'exercice du droit de rétention, que la créance que prétend recouvrer le rétenteur ait sa cause dans la chose qu'il retient ; mais il n'apporte que cette seule condition à l'exercice du droit de rétention, et le considère bien certainement comme devant être d'une pratique générale.

Pothier emploie d'ailleurs les mêmes expressions à propos du dépôt ; ici encore il permet au dépositaire (1), de retenir la chose déposée jusqu'à ce qu'il ait été remboursé de ses impenses, ici encore il exige que ce soit à l'occasion de ce dépôt et non pour une autre cause, que soit née la créance que prétend recouvrer le rétenteur.

Enfin en matière de nantissement (2), il reconnaît que le créancier nanti jouit de deux droits, d'abord de retenir la chose jusqu'à ce qu'on l'ait payé, et ensuite du droit de faire vendre le gage.

On ne peut pas dire il est vrai que Pothier appliquait ainsi une théorie générale, puisque cette théorie n'existait pas plus alors, qu'aujourd'hui et que seule la jurisprudence avait réglementé notre matière.

Mais il résumait ainsi, cette pratique de la jurisprudence, qui constituait, on peut l'affirmer sans témérité, une règle presque immuable, et c'est à cette règle qu'élaborèrent et la pratique de nos parlements et les commentaires de nos auteurs coutumiers, que se conformait Pothier.

1. Pothier. *Dépôt*, chap. II, n° 58.

2. Pothier, *Nantissement*. chap. II N° 21.

Le grand jurisconsulte n'apporte aucune idée nouvelle dans notre matière, il se contente de résumer le droit commun de son époque.

Si le droit de rétention avait été considéré comme une faveur exceptionnelle, accordée qu'à certains privilégiés, est-ce ainsi que Pothier nous aurait parlé de ce droit ?

Il ne se serait pas, seulement, borné à nous en donner des cas d'application, mais nous aurait, en un chapitre spécial, fixé les règles que l'on exigeait alors pour son exercice.

Enfin en nous citant le cas du commodataire il ne nous aurait pas dit que cet individu en retenant la chose à lui prêtée avait cela de commun avec tous ceux qui avaient fait des impenses pour une chose en leur possession.

Nous pensons donc que jamais le droit de rétention ne fut d'un usage plus général qu'il ne le fut sous notre ancienne législation.

Débarrassé des dernières entraves, que les subtilités de la procédure romaine pouvaient apporter à son exercice, n'ayant d'autre but, comme auparavant, d'ailleurs, que de protéger l'équité, il devait constituer le moyen de défense le plus usuel et le moins coûteux, qui soit à la portée d'un défendeur ayant en sa détention la chose du demandeur.

Ce droit était, nous l'avons vu, d'une prati-

que universelle, il constituait sans doute pour son titulaire, une véritable cause de préférence, mais n'était pas comme un privilège ou une hypothèque, réservé qu'à certaines hypothèses ou sous certaines conditions nettement déterminées. Qu'on ne croie pas cependant que son obtention dépendit uniquement de l'arbitraire du juge. Si jamais aucune règle fixe ne vint en déterminer l'usage, il ne s'en suivit pas cependant que son exercice ne fût soumis à aucun principe.

Sans doute ces principes qui n'avaient été établis que par la jurisprudence, n'étaient pas toujours respectés, et il se produisit forcément des divergences d'opinion. Mais s'il y eut quelques jurisconsultes et certains parlements qui émirent des théories particulières, on peut dire que ces théories constituèrent des opinions isolées, et la très grande majorité de nos jurisconsultes, comme celle de nos parlements, fixèrent leur doctrine, et obéirent aux mêmes principes, que nous croyons pouvoir résumer en ces deux propositions : la nécessité d'un rapport synallagmatique entre le rétenteur et l'individu auquel il oppose son droit, et la connexité entre la créance et la chose retenue.

C'est avec ces caractères qu'apparaît à la fin de notre ancien droit, le droit de rétention. Conserva-t-il cette nature en passant dans notre

Code civil, garda-t-il la profonde empreinte, que lui avaient successivement imprimée et les jurisconsultes romains et nos auteurs coutumiers? C'est ce que nous devons maintenant rechercher.

CHAPITRE II

Droit actuel

Etude des différents cas d'application du droit de rétention consacrés par le Code Civil.

Respectueux, avant tout de l'équité, notre Code civil ne pouvait faire autrement que d'admettre l'exercice du droit de rétention.

Mais de même, que les législations dont il s'était inspiré, il garda un silence absolu sur les caractères de notre droit et se contenta en certaines hypothèses, disséminées dans toute son étendue, de reconnaître la validité du droit de rétention. Et dans ces divers cas particuliers le législateur ne nous donne pas les raisons de sa disposition, il ne nous les laisse même pas entrevoir et pose simplement la règle sans l'accompagner d'aucun commentaire.

Ce sont ces différents cas d'application, consacrés par notre Code, que nous voulons maintenant étudier ; ils constituent des dispositions qui semblent au premier abord, isolées et sans aucun lien, mais en est-il réellement ainsi, les rédacteurs de notre code ne suivaient-ils pas la même idée, ne se conformaient-ils pas à un principe général, en consacrant les différents cas d'application de notre droit ?

Ce principe, il est vrai, notre législateur, ne l'a formulé nulle part, mais est-ce que notre matière fut l'objet d'une règle fixe, soit à Rome, soit dans notre ancien droit, et cependant n'avons-nous pas vu que les interprètes de ces deux législations, semblaient obéir à une règle générale qui, si elle n'était écrite dans aucun texte législatif, se trouvait, du moins, solidement établie par la pratique de la jurisprudence.

Pourquoi supposer alors que notre législateur n'ait observé aucune méthode dans notre matière, et ait ainsi disséminé ses dispositions sans obéir à une règle quelconque ? Ce serait, en effet, l'accuser d'avoir agi sans la moindre réflexion, et l'admirable méthode qui présida à son œuvre suffit à écarter cette critique.

Reste à savoir quelle fut cette règle.

Nous allons successivement étudier les différents cas d'application du droit de rétention que

consacre expressément notre code, nous comparerons, entre elles, les situations dans lesquelles ces applications se produisent et rapprocheront des solutions de notre droit actuel, celles du droit romain et de l'ancien droit français, et nous espérons ainsi pouvoir découvrir les principes généraux auxquels on peut ramener aujourd'hui l'exercice du droit de rétention.

Le titre de la Propriété, nous fournit deux exemples d'application du droit de rétention, dans les articles 545 et 570.

L'article 545, pose ce principe, admis dans toutes les législations, où la propriété individuelle est organisée, que nul ne peut être contraint de céder sa propriété, si ce n'est pour cause d'utilité publique et moyennant une juste et préalable indemnité.

Il reconnaît donc, au propriétaire expulsé, le droit de retenir sa chose tant qu'il n'aura pas reçu l'indemnité.

Mais il ne faudrait pas croire, que ce soit le droit de propriété que l'expulsé oppose ainsi ; il ne peut plus en effet, opposer ce droit, car il l'a perdu depuis le jour du jugement du tribunal déclarant l'expropriation, nous ne sommes donc plus en présence que d'un ancien propriétaire qui a gardé la possession de sa chose et qui refuse d'abandonner cette possession. En un

mot, nous croyons que le transfert de propriété, s'opère par le fait même du jugement d'expropriation, et que la partie expulsée ne retient plus que la possession de sa chose.

C'est ce qui semble résulter de l'article 53 de la loi du 3 mai 1841 qui déclare en effet que « les indemnités réglées par le jury seront, préalablement à la prise de possession, acquittées entre les mains des ayants-droit ». On le voit, il ne s'agit que de possession de la chose, il ne s'agit plus du transfert de propriété ; c'est donc la possession que retient l'ancien propriétaire, et il oppose ainsi un véritable droit de rétention.

Nous ne voulons pas dire que l'on ne puisse reconnaître le droit de rétention au profit du propriétaire et sur sa propre chose : la vente romaine nous en offre un exemple, et nous en verrons également un exemple, dans notre code au profit de l'acheteur à réméré, mais la plupart du temps le droit de rétention ne porte que sur la possession de la chose, et c'est même alors, qu'il présente la plus grande utilité.

L'article 545 ne fait donc que nous donner un exemple de droit de rétention, en harmonie avec sa pratique habituelle. Remarquons, en outre, qu'il existe ici une connexité étroite entre la chose que l'on retient et l'indemnité que l'on

prétend ainsi recouvrer : cette indemnité est née à raison même de l'immeuble exproprié et la partie expulsée n'exerce son droit de rétention que sur cet immeuble.

Le droit de rétention nous apparaît donc dans l'espèce de l'article 545 avec la même base que nous lui avons reconnue à Rome et dans notre ancienne France.

L'article 570 visant le cas d'un individu qui ayant transformé une matière qui ne lui appartenait pas, en une chose d'une nouvelle espèce, permet à cet individu de refuser de rendre, au propriétaire de la matière première, l'objet transformé, tant que ce propriétaire ne l'aura pas indemnisé des frais de sa main-d'œuvre.

Le possesseur n'a cependant pas reçu mandat, du propriétaire, de transformer ainsi sa chose, mais il serait injuste que ce dernier s'enrichisse à ses dépens. D'ailleurs, l'article le suppose, le possesseur était de bonne foi ; il a cru que la chose qu'il transformait, lui appartenait réellement, et il a augmenté la valeur de cette chose, croyant augmenter la valeur de sa propriété.

L'on comprend donc parfaitement, que, si le propriétaire a droit de reprendre son bien il doit, tout au moins, indemniser l'artisan de sa main-d'œuvre. En cette espèce le droit de ré-

tention a donc encore sa base dans l'équité, et il repose également sur la connexité qui existe entre la chose retenue et l'indemnité qui est due.

L'hypothèse de l'article 570 est donc en somme analogue à celle de l'article 545 que nous avons précédemment étudiée : dans les deux cas, nous voyons en effet un possesseur refuser de rendre à son propriétaire la chose, qu'il détient, et dans les deux cas le rétenteur n'exerce son droit, que pour s'assurer le remboursement de l'indemnité qui lui est due, à raison même de la chose qu'il retient.

Le Titre des successions va nous fournir en l'article 867 un précieux exemple de droit de rétention, mais avant d'aborder l'étude de cette disposition, nous croyons devoir consacrer quelques mots à l'article 841 qui traite du retrait successoral.

Cet article est un reste de l'importante matière des retraits, qui disparut avec notre conception moderne de la propriété. Il est conçu en des termes tels que l'on pourrait croire, qu'il consacre un droit de rétention au profit de l'acheteur d'une part d'hérédité.

L'article dit en effet que le ou les cohéritiers pourront écarter du partage, cet acheteur étranger, à condition de lui rembourser le prix de la

cession à lui faite ; c'est donc que l'acheteur refusera de renoncer à son droit au partage, tant que le cohéritier ne l'aura pas remboursé.

Mais il ne peut être question ici de droit de rétention, en effet qu'arrivera-t-il si le cohéritier retrayant refuse de rembourser l'acquéreur ?

Celui-ci conservera la faculté de concourir au partage, mais il ne retiendra rien. Sur quoi en effet exercerait-il son droit de rétention : il n'a en sa possession aucun bien de la succession, puisque le partage n'est pas intervenu, il n'a que le droit de venir à ce partage. Or le droit de rétention ne porte pas sur un droit, il porte matériellement sur une chose, et l'on ne saurait le concevoir autrement.

Nous n'avons d'ailleurs, ouvert cette parenthèse, que parce que, dans notre ancien droit, la matière des retraits contenait de nombreuses hypothèses de droit de rétention, et il était ainsi curieux de constater que cette même matière, si réduite aujourd'hui ne comportait pas d'exemple de notre droit. Mais revenons à l'étude de l'article 867.

Cet article donne le droit au cohéritier astreint au rapport, de retenir la chose qu'il doit ainsi rapporter, tant qu'il n'a pas été indemnisé des impenses ou améliorations qu'il a faites à cette chose, ce cohéritier est tenu de

rapporter, mais en revanche ses cohéritiers sont tenus de l'indemniser de ses impenses. Ce sont donc deux parties liées par des obligations réciproques et l'une peut se refuser à accomplir son obligation, tant que l'autre n'aura pas rempli la sienne, et c'est l'idée de rapport synallagmatique qui sert encore ici de base à l'exercice de notre droit.

Remarquons qu'il existe, encore, en cette hypothèse de l'article 867, une étroite connexité entre la chose retenue et la créance que le rétenteur veut recouvrer.

Mais si dans les exemples précédents de droit de rétention on pouvait tirer, de la disposition de la loi, un argument en faveur de l'opposabilité de notre droit aux tiers, on ne le pourrait pas en notre espèce.

Il ne peut être en effet, question ici, que des relations des cohéritiers entre eux, on ne pourrait donc prendre l'article 867 comme argument en faveur de l'opposabilité absolue du droit de rétention, mais on ne saurait, non plus s'en servir comme argument contraire.

Si le droit de rétention ne peut, en notre hypothèse, être opposé à des tiers, cela ne tient pas à sa nature, mais aux circonstances particulières dans lesquelles, ici, il s'exerce.

L'opposabilité, aux tiers, du droit de réten-

tion, a son incontestable utilité, car sans ce caractère, la personne qui réclame au rétenteur la chose, qu'il retient, n'aurait qu'à céder à un tiers le droit, en vertu duquel elle réclame cette chose, pour que le rétenteur ne puisse plus user de son droit.

Mais en l'espèce de notre article 867, l'on ne peut concevoir une pareille cession, le cohéritier à qui est dû le rapport n'ayant aucun droit sur la chose sujette à rapport, tant que le rapport n'a pas été effectué.

Le cohéritier ne pourra donc opposer son droit de rétention qu'à son cohéritier, mais cela uniquement par suite des circonstances dans lesquelles se produit ici l'exercice de notre droit, et encore une fois on ne peut en déduire un argument en faveur de la personnalité du droit.

Mais l'on peut tirer de cet article 867 un puissant argument en faveur de l'indivisibilité du droit de rétention : il y est dit, en effet, que le cohéritier retiendra le bien dont il doit le rapport « jusqu'au remboursement effectif des sommes qui lui sont dues ». C'est donc bien l'affirmation la plus formelle, que notre droit peut être encore exercé, sur la totalité des choses retenues, alors même que son titulaire aurait reçu une partie de l'indemnité qu'il veut obtenir.

Nous ne dirons que quelques mots, au sujet de l'évaluation des sommes que le cohéritier a droit de réclamer, suivant que ses impenses sont nécessaires, utiles ou voluptuaires.

L'on n'aura qu'à appliquer la distinction traditionnelle et décider par suite que le cohéritier pourra réclamer la totalité des dépenses nécessaires, que vis-à-vis les dépenses utiles, il n'aura le droit que de réclamer, une indemnité équivalente à la plus-value que ces dépenses ont donnée à l'immeuble, et que enfin il n'aura droit à rien pour les dépenses voluptuaires. Ces dernières impenses ne peuvent en effet, par définition, donner aucune plus-value au fonds auquel elles se sont appliquées : autrement elles seraient considérées comme utiles. Ce n'est donc qu'une simple question de fait, que celle de savoir si une dépense est voluptuaire ou utile.

Mais s'il n'y a sur ce point aucune difficulté il en réside une considérable pour la détermination de l'époque, à laquelle il faut se placer pour évaluer la plus-value qui a été donnée à l'immeuble sujet à rapport.

Deux articles qui traitent de notre matière, fixent chacun une époque différente.

L'article 860 décide que c'est au jour de l'ouverture de la succession, que l'on doit calculer la valeur de l'immeuble sujet à rapport, l'arti-

cle 861 parle au contraire du temps du partage. A laquelle de ces deux dates faut-il se rapporter?

On peut soutenir, que c'est au jour de l'ouverture de la succession qu'il faut se placer, et dire en faveur de cette opinion, que c'est à cette date que se fixent les droits sur la tête des successifs, (art. 883), que c'est à ce jour que l'on calcule la valeur des biens de la succession pour percevoir les droits de mutation que réclame l'Enregistrement.

Enfin en cas de plusieurs lois fiscales, en concours, la Cour de cassation a décidé que c'était la loi en vigueur au jour de l'ouverture de la succession, qu'il fallait appliquer (1) : C'est donc bien toujours à cette date que l'on se rapporte, en matière de succession, et comme les articles 860 et 861 semblent se contredire, et qu'il faut décider lequel des deux il faut appliquer, il faut revenir au droit commun, et par suite appliquer l'article 860.

Nous pensons, cependant, que c'est au jour du partage qu'il faut se placer, pour calculer la plus-value résultant des impenses que le donataire a faites sur l'immeuble.

Si l'on se rapportait à la date de l'ouverture

1. Arrêt de cassation du 4 février 1836. Sir. 34. 1. 97 et arrêt de cassation du 31 mai 1836. Sir. 36. 1. 464.

de la succession, on pourrait arriver à faire payer à l'héritier, dans le lot duquel l'immeuble sujet à rapport serait venu à tomber, à faire payer, à cet héritier, une indemnité pour une plu-svalue qui n'existerait peut-être plus.

En effet, supposons que les améliorations, que le donataire a fait subir à son immeuble, lui ont donné une plus-value, qui pouvait être estimée à 20.000 francs au jour de l'ouverture de la succession, et que au jour du partage, cette plus-value ait disparu, par suite de circonstances diverses ; eh bien peut-on admettre que l'héritier dans le lot duquel tombera cet immeuble, paiera une indemnité de 20.000 francs pour une plus value dont il ne profitera en aucune façon.

Ce serait contraire à toute équité et c'est cependant à ce résultat que l'on aboutirait si l'on calculait la plus-value résultant des impenses du donataire, au jour de l'ouverture de la succession.

Au contraire, en calculant cette plus value au jour du partage, c'est-à-dire au jour où, réellement, l'héritier profite du bien, qui lui est échu, on arrive à des solutions très équitables.

Il y avait plus-value au jour de l'ouverture de la succession, il n'y en a plus au jour du partage : l'héritier ne paiera pas d'indemnité puisqu'il ne profite pas de cette plus-value. A l'in-

verse il n'y avait pas de plus-value, au jour de l'ouverture de la succession, il y en a une au jour du partage : l'héritier paiera alors une indemnité correspondante, à la plus-value dont il profite.

S'il arrive que le donataire ne soit pas remboursé des frais qu'il a faits sur son immeuble, sujet à rapport, cela n'a rien de choquant et il n'est pas à plaindre. Il savait qu'il devait rapporter, un jour ou l'autre son immeuble, il savait donc qu'il courait le risque de n'être pas remboursé de ses dépenses, qu'il était libre après tout de ne pas faire.

Telles sont les conditions sous lesquelles le cohéritier peut exercer son droit de rétention.

Il semblerait que nous nous soyons un peu écartés de notre sujet, en discutant, sur la manière dont se doivent calculer les impenses, mais, en somme, ceci rentre tout à fait dans notre étude.

Si en effet le cohéritier, n'a fait que des dépenses utiles, et qu'il n'en soit résulté aucune plus-value au jour du partage, il ne saurait alors user de son droit de rétention, car il ne peut l'opposer que si réellement, il lui est dû, une indemnité.

Il importait donc de fixer exactement, à quelle époque il faut se placer, pour calculer la plus-

value des impenses du donataire, car suivant la date que l'on prend, l'on arrive dans une même hypothèse à refuser ou accorder une indemnité au donataire, et par suite à lui refuser ou lui accorder l'exercice du droit de rétention.

Nous trouvons dans le titre de la vente, un exemple de droit de rétention : le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose vendue, si l'acheteur n'en paie pas le prix : tels sont les termes de l'article 1612.

Le vendeur retient la possession de la chose qu'il a vendue, car, par le contrat de vente, la propriété en a été transférée à l'acheteur ; le vendeur n'est donc tenu que de livrer la possession de la chose, et c'est ce qu'il se refuse à faire, puisque son co-contractant se refuse à lui payer le prix.

C'est donc bien encore l'idée de rapport synallagmatique qui intervient ici, et notre droit, n'est comme le dit fort bien, M. Cabrye (1) qu'une application du droit de résolution tacite contenu dans tous les contrats synallagmatiques.

Notre article est conçu dans les termes les plus larges, il pose simplement la règle, et ne restreint en aucune façon l'usage de notre droit.

1. Cabrye. *Du droit de rétention*, n° 113.

On peut vraisemblablement en conclure que le vendeur pourrait opposer son droit aux ayants-cause de l'acheteur, c'est-à-dire à des tiers, et nous trouvons ainsi, en cet article, un puissant argument, en faveur de l'opposabilité du droit de rétention aux tiers. Il est, d'ailleurs, à noter, que presque tous les auteurs reconnaissent au vendeur, la faculté d'opposer son droit aux tiers et même les adversaires de cette opposabilité absolue, sont, ici, forcés de se ranger à l'opinion générale (1) ; nous n'insisterons donc pas sur ce point et passerons à l'article 1613, qui traite du cas où le vendeur a vendu avec terme à un individu, qui, depuis la vente, est tombé en faillite ou en déconfiture. Le vendeur pourra d'après cet article, retenir sa chose, bien que le terme, auquel il doit être payé, ne soit point encore échu.

L'on a voulu assimiler cette situation, cependant exceptionnelle et nettement déterminée, au cas, où l'on aurait vendu avec terme à un individu déjà failli (2). Le vendeur pourrait, alors, retenir la possession de sa chose, car le contrat se trouverait annulé par suite d'une erreur substantielle de sa part (article 1110). Mais nous

1. Laurent. Tome 29, n° 287.

2. Guillouard. *Traité de la Vente*. Tome, I, p. 243.

pensons comme M. Laurent (1), d'ailleurs, que le vendeur n'avait qu'à prendre ses précautions.

L'erreur sur la plus ou moins grande insolvabilité d'un individu, ne constitue pas, d'ailleurs, une erreur sur la personne. C'est avec cette personne que le vendeur a voulu traiter, et sa plus ou moins grande insolvabilité, n'est qu'affaire d'appréciation.

Une question nous reste à résoudre ; c'est le cas où un individu ayant vendu une chose au comptant, et l'ayant, imprudemment, livrée à l'acheteur, sans en avoir reçu le prix, poursuit, en quelque sorte, la revendication de cette chose, pour pouvoir exercer sur elle son droit de rétention. L'article 2102 4^o dit en effet, que si la vente a été faite sans terme, le vendeur peut même revendiquer les effets vendus, tant qu'ils sont entre les mains de l'acheteur. On a rapproché, cette disposition de l'article 1612 et on en a tiré cette conclusion qu'il s'agissait, en l'article 2102 4^o. de la revendication du droit de rétention, ou plutôt de la revendication de la possession de la chose vendue, pour pouvoir exercer sur elle son droit de rétention.

Mais il convient de comparer cette solution, avec celles émises dans notre ancien droit et en droit romain.

1. Laurent. Tome 24, n° 171.

Dans l'une et l'autre de ces législations, le vendeur, au comptant, avait le droit de revendiquer sa chose, mais c'est alors en qualité de propriétaire qu'il agissait ainsi, car à Rome et dans notre ancien droit, la tradition, comme suite d'une vente au comptant, ne transférait la propriété à l'acheteur, que lorsque celui-ci avait payé le prix.

Dans la loi 19 *au Digeste*, liv. XVIII, tit. 1, Pomponius dit en effet : *Quod vendidi, non aliter fit accipientis quam si, aut pretium nobis solutum sit, aut satis eo nomine factum*. Enfin, le paragraphe XLI aux *Institutes*, (*de divisione rerum*), est ainsi conçu : *Venditæ vero res et traditæ non aliter emptori adquiruntur quam si, is venditori pretium solverit*.

C'est à ce paragraphe que se rapporte Pothier, quand il nous dit que le vendeur peut poursuivre sa chose, « car il en est toujours demeuré propriétaire suivant le paragraphe *venditæ*... aux *Institutes* » (1).

Donc, si à Rome et dans notre ancien droit, on accordait le droit de revendication au vendeur, c'est parce qu'il était encore propriétaire. Aujourd'hui comme le simple consentement est

1. Pothier, *Traité de la Vente*, n° 322.

translatif de propriété, on a voulu donner une autre explication de l'article 2102^{4e} et l'on a dit que c'était de la revendication du droit de rétention qu'il s'agissait ici.

Mais, tout d'abord, on ne peut guère concevoir une telle revendication ; ce n'était, comme nous l'avons déjà vu, que par une simple exception de dol que l'on pouvait exercer à Rome le droit de rétention, ce n'est encore que par une exception que son exercice est aujourd'hui possible, or on ne voit pas comment d'une exception, pourrait naître une action.

Ne devons-nous pas plutôt dire qu'il y a ici une erreur du législateur, qui a reproduit la règle ancienne sans se souvenir, qu'il avait lui-même donné un nouveau caractère au contrat de vente ?

Mais en concluons-nous, qu'il faille refuser au vendeur au comptant ayant livré la chose sans avoir reçu le prix, qu'il faille refuser à ce vendeur le droit de réclamer sa chose entre les mains de l'acheteur ?

Nous ne pensons pas que l'on puisse aller jusque-là.

Le législateur donne au vendeur un droit qu'il fait reposer sur une qualité qu'il n'a plus, le législateur lui permet de revendiquer parce qu'il suppose, à tort, qu'il est demeuré proprié-

taire, notre code commet donc une erreur. Soit. Mais son texte est là et son texte est formel ; pouvons-nous à tel point le méconnaître ?

Et sur quoi nous appuierions-nous pour rayer ainsi cette disposition législative ? Uniquement sur la probabilité d'une erreur de notre législateur.

Il faut convenir qu'il serait singulièrement téméraire en ces conditions, de refuser au vendeur un droit, qui lui est formellement reconnu par cet article 2102^{4°}. La loi peut n'avoir pas été logique avec elle-même, mais il faut néanmoins s'incliner devant elle, et il n'appartient pas à l'interprète de faire ainsi, abstraction de l'une de ses dispositions.

Nous pensons donc que le vendeur au comptant, pourra revendiquer sa chose entre les mains de l'acheteur, et une fois qu'il en aura été remis en possession, exercer, sur elle, son droit de rétention.

Nous trouvons dans ce même titre de la vente un nouvel exemple de droit de rétention au profit de l'acheteur à réméré.

L'article 1673 dispose en effet que l'acheteur qui subit le rachat, a droit de retenir la chose, à lui vendue, jusqu'à ce que son vendeur lui ait remboursé non seulement le prix de vente et les loyaux coûts de ce contrat, mais encore les

impenses utiles et nécessaires, qu'il a faites sur le bien en question.

Il semble donc que l'acheteur oppose ici, à son vendeur un droit de rétention et que ce droit s'exerce ici suivant sa pratique habituelle : l'acheteur refuse d'accomplir son obligation de rendre la chose au vendeur, tant que celui-ci n'aura pas lui-même rempli son obligation qui consiste à rembourser le prix et les frais et les loyaux coûts du contrat.

Comme dans les exemples précédemment cités, nous voyons que le droit de rétention ne porte que sur la chose à propos de laquelle est née l'indemnité qu'il doit garantir ; l'acheteur retient en effet la chose à lui vendue, parce que c'est à propos de cette chose qu'il a payé le prix d'achat, et que c'est sur elle qu'il a fait des impenses.

Tout concourt donc à reconnaître au droit, que l'acheteur à réméré oppose à son vendeur, les caractères d'un droit de rétention, et cependant certains auteurs ont douté qu'il s'agisse réellement ici de ce droit.

M. Labbé, dans un article de la *Revue Critique* (1) émet cette opinion que, c'est d'un privilège analogue à celui du vendeur, dont jouit

1. Labbé. *Revue Critique*, année 1871, p. 497.

ici l'acheteur à réméré pour s'assurer le paiement des indemnités qui lui sont dues.

Partant de cette idée que « toute condition résolutoire pour une partie, répond nécessairement à une condition suspensive pour une autre partie », cet auteur arrive à cette conclusion que le vendeur à pacte de rachat, reste propriétaire sous condition suspensive de la chose par lui vendue, et que, à l'inverse, l'acheteur est propriétaire sous condition résolutoire de la chose à lui vendue.

Le vendeur a donc gardé un droit de propriété sur sa chose, et ce droit de propriété se trouve ainsi divisé entre deux personnes : le vendeur et l'acheteur.

L'acheteur qui subit le rachat, n'opère pas à proprement parler une vente, mais il est dans une situation analogue à celle d'un vendeur, en ce sens que la propriété de la chose ne doit le quitter que s'il recouvre le prix. Pourquoi alors ne jouirait-il pas d'un privilège comme un vendeur ?

M. Labbé sent bien néanmoins, qu'il est obligé, ainsi, de créer un privilège, mais il prétend que cela n'a pas d'inconvénients, et que la sagesse des magistrats sera une sûre garantie : d'ailleurs, ce privilège pourra être rendu public, par la transcription de l'acte de vente à réméré,

et il n'y aura donc aucun danger à admettre, en notre hypothèse, l'exercice d'un privilège.

Mais il n'en reste pas moins, que cette théorie, aboutit à créer un nouveau privilège, et que, en somme, on serait à la merci de l'arbitraire du juge, ce qui ne peut avoir lieu en pareille matière.

Sans doute, l'acheteur qui subit le rachat, opère en quelque sorte une vente : il transfère la propriété au vendeur, et celui-ci lui rembourse le prix ; mais cette situation, quoique analogue avec celle d'un vendeur, n'est pas cependant identique, et cela suffit pour refuser à cet acheteur le privilège du vendeur.

M. Labbé n'admet pas d'ailleurs, que l'acheteur à réméré puisse dans tous les cas bénéficier de ce privilège : il ne lui réserve cette faveur que lorsque son droit de rétention ne pourrait suffire à le protéger. Mais dans quel cas ? Cet auteur en cite quelques-uns, mais entend-il réserver à eux seuls la faveur du privilège ? Il y a là une grave incertitude et c'est une raison de plus, pour refuser à l'acheteur à réméré, le bénéfice du privilège du vendeur.

Toute la matière des privilèges est, en effet, essentiellement, de droit étroit, et les créances auxquelles, ils sont attachés, sont nettement et limitativement déterminées par notre code, et

l'on ne peut ainsi créer un nouveau privilège.

M. Guillouard, n'admet pas non plus que l'acheteur à réméré oppose ici à son vendeur un véritable droit de rétention (1); selon cet auteur, c'est en tant que propriétaire, que l'acheteur se refuse de livrer sa chose : ce n'est que le droit de propriété que l'acheteur oppose au vendeur.

L'acquéreur est en effet propriétaire sous condition résolutoire, et cette condition ne sera accomplie que lorsqu'il aura été intégralement remboursé.

L'article 1659 est d'ailleurs favorable à cette manière de voir et un arrêt de Cassation du 14 janvier 1873, (Sir. 73, 1, 134) dit en effet « que s'il arrive que par des offres faites dans le délai convenu, le droit de retrait a été conservé, il reste toutefois, pour en consommer l'exercice, à remplir la condition indispensable de la restitution et du remboursement exigés par les articles 1659 et 1673, que tant que cette condition manque la vente n'est pas résolue, et que faute d'y satisfaire, le vendeur peut être par jugement déclaré déchu de la faculté de rachat ».

L'acheteur à pacte de réméré, conclut M. Guil-

1. Guillouard. *Traité de la vente*. Tome 2, n° 670.

louard, est donc resté propriétaire de la chose, tant qu'il n'a pas été intégralement remboursé ; ce n'est donc pas un droit de rétention, mais le droit de propriété qu'il oppose au vendeur.

Nous ne contestons pas que l'acheteur à réméré, demeure propriétaire, tant qu'il n'a pas reçu tout ce que le vendeur lui devait, mais cette qualité de propriétaire nous importe peu et nous pensons que l'idée de contrat synallagmatique doit ici nous suffire. L'acheteur qui subit le rachat est tenu de rendre la chose, en revanche le vendeur est tenu de lui payer le prix et de l'indemniser de ses impenses. L'acheteur dira donc au vendeur, usant de la faculté de rachat : Remplissez votre obligation et alors je remplirai la mienne, mais tant que vous ne m'aurez pas indemnisé, je retiendrai ma chose.

L'acheteur est, nous en convenons, demeuré propriétaire, jusqu'à ce qu'il ait été remboursé, mais ce n'est pas parce qu'il a conservé cette qualité, qu'il peut exiger pareil remboursement.

Il ne peut l'exiger que par suite du contrat intervenu entre lui et le vendeur, contrat par lequel il s'est engagé à rendre la chose si le vendeur lui en rendait le prix : il retient donc cette chose jusqu'au paiement de ce prix, et c'est donc bien un droit de rétention que l'acheteur oppose, ici, au vendeur.

Il n'y aurait pas lieu de s'étonner, d'ailleurs, que le rétenteur soit, en même temps, propriétaire de la chose qu'il retient : cette situation n'a rien de choquant et l'on peut très bien concevoir l'exercice d'un droit de rétention, au profit d'un propriétaire, et sur sa propre chose.

Remarquons, à ce propos, que nous trouvons singulier, que les définitions généralement données du droit de rétention, mentionnent que le rétenteur a cessé d'être propriétaire de la chose sur laquelle il exerce son droit.

La vente romaine nous offre, du reste, un exemple de droit de rétention accordé à un propriétaire et sur sa propre chose : en effet le vendeur romain qui se refuse de livrer la chose qu'il a vendue, tant qu'il n'en a pas reçu le prix, en est, du moins normalement, resté propriétaire.

En lui accordant un droit de rétention, le droit romain lui accorde au moyen légal de refuser l'exécution de son obligation : la loi lui permet de dire à l'acheteur : remplissez votre obligation, je remplirai la mienne. Or son obligation quelle est-elle le plus souvent ?

Il a l'obligation de transférer la propriété à l'acheteur, c'est donc qu'il a conservé la propriété de la chose qu'il a vendue, et cependant

c'est bien un droit de rétention que la loi lui reconnaît ici.

Pourquoi d'ailleurs ne permettrait-on pas l'exercice du droit de rétention, au profit d'un individu, déjà titulaire d'un droit réel ?

N'avons-nous pas déjà vu, que d'Argentré, commentant l'article 193 de la Coutume de Bretagne qui accorde aux voituriers, aux laboureurs un privilège sur les choses qu'ils ont voiturées ou cultivées, ajoute que ces mêmes personnes doivent jouir en outre d'un droit de rétention sur ces choses. Ne voyons-nous pas dans notre Code civil, le gagiste être muni d'un privilège et d'un droit de rétention.

Enfin la vente française nous présentera une situation analogue : nous voulons parler de la vente des choses indéterminées.

Je vous vends dix sacs de blé, à prendre dans mon grenier : tant que je ne vous aurai pas livré ces dix sacs, j'en aurai gardé la propriété ; or tant que vous ne m'aurez pas payé le prix de ces marchandises, j'aurai droit de les retenir, et quoique que je sois encore propriétaire de ces sacs j'exercerai sur eux un droit de rétention.

On peut donc, très bien, en notre hypothèse, reconnaître à l'acheteur à réméré un véritable droit de rétention. Il est encore propriétaire de la chose à lui vendue, mais cela n'empêche pas

qu'il puisse la retenir et refuser ainsi d'accomplir son obligation, tant que son vendeur n'aura pas accompli la sienne.

Nous trouvons dans le titre du Louage un nouvel exemple de droit de rétention.

L'article 1749 accorde au fermier expulsé, par un nouveau propriétaire, le droit de rester dans sa ferme tant qu'il n'aura pas reçu l'indemnité, qui lui est due pour cette expulsion. Le fermier doit quitter sa ferme, mais l'acquéreur lui doit une indemnité : il n'accomplira donc son obligation, que lorsque celui-ci aura accompli la sienne, et en retenant la possession de la chose louée, il retiendra ainsi la chose à propos de laquelle est née l'indemnité qu'il veut recouvrer.

On a cependant, nié, qu'il existât, en notre hypothèse la même connexité, entre la créance et la chose retenue, que nous avons rencontrée dans les exemples précédemment cités. M. Cabrye (1), estime en effet que l'indemnité pour laquelle, le fermier a droit de rétention, n'est pas une créance née en raison de la chose qu'il retient, mais à raison du contrat de bail » : il n'y a donc plus ici, de *débitum cum re junctum*.

1. Cabrye. *Du droit de rétention* p. 114.

Cette argumentation est, croyons-nous, par trop subtile. Sans doute, la source de la créance du fermier, contre son bailleur, se trouve dans le contrat de bail lui-même : le bailleur, en effet, a dit au fermier : je vous loue ma terre pour tant d'années ; si pour une raison quelconque moi ou mes ayants-cause venaient à vous expulser, avant l'expiration du bail, je m'engage à vous indemniser. C'est donc bien dans le contrat de bail que la créance du fermier trouve sa source.

Mais de quels frais, le bailleur s'engage-t-il à indemniser le fermier, si ce n'est des frais faits par celui-ci sur le fonds donné à bail. Dans ce bail le locateur s'engage en principe, à indemniser son fermier, mais pour qu'il y ait lieu à indemnité, il faut qu'il y ait eu préjudice causé : or ce préjudice résultera pour le fermier de la cessation brusque des revenus du capital qu'il aura mis dans l'exploitation et en refusant de livrer le fonds, le fermier refusera, en définitive, de livrer la chose, à raison de laquelle sont nés les frais, qu'il prétend recouvrer en retenant cette chose.

Il y a donc bien là, une connexité entre la créance et la chose retenue.

Il importe de fixer exactement quels sont les frais pour lesquels le fermier peut prétendre à

une indemnité, car il ne faudrait pas croire qu'il puisse retenir l'immeuble loué par sûreté de tous les frais qu'il a faits sur cette propriété : il ne pourra en effet retenir ce bien, que pour sûreté des impenses, qu'il aura faites en conformité des dispositions de son bail. En d'autres termes, le fermier ne pourrait opposer son droit de rétention, pour sûreté des dépenses qu'il aurait faites, contrairement aux stipulations du bail, ou simplement en dehors d'elles.

Certains auteurs, M. Guillouard (1) entre autres, considèrent en effet le fermier comme un possesseur de mauvaise foi, vis-à-vis ces constructions ou plantations, qu'il a ainsi effectuées sans y avoir été autorisé.

Nous nous rallions complètement à cette opinion et estimons qu'il est tout naturel, que le bailleur ne soit pas astreint à la fin du bail, à supporter des ouvrages qu'il n'a fait en somme que tolérer jusque-là.

Ces ouvrages peuvent nuire au fonds, étant donné le but auquel on le destine désormais, il est donc très légitime que le locateur puisse les faire enlever, si bon lui semble, et user ainsi de la faculté que lui accorde l'article 555 du Code Civil.

1. Guillouard. *Traité du contrat de louage*, n° 377.

L'acquéreur doit être traité de même que le bailleur, il ne peut donc se voir opposer par le preneur, un droit de rétention, pour sûreté de l'indemnité due à raison de certains ouvrages, qu'il ne veut peut-être pas conserver. Bien entendu si l'acquéreur consent à conserver ces améliorations, il devra une indemnité au fermier, et dans ce cas, celui-ci pourra opposer valablement son droit de rétention, tant qu'il n'aura pas été indemnisé.

Le droit de rétention que consacre l'article 1749 se présente donc avec la même base que nous lui avons reconnue dans les autres articles précédemment cités ; mais peut-on dire que ce droit ait ici la même énergie, qu'il puisse être opposé aux tiers, c'est là le sujet d'une nouvelle discussion qui ne porte en fait, que sur la qualité que l'on attribue à l'acquéreur vis-à-vis du fermier.

Si en effet, l'on considère que cet acquéreur est un tiers vis-à-vis du fermier on trouve, dans notre article, un nouvel argument en faveur de l'opposabilité absolue de notre droit, si au contraire on considère cet acquéreur comme étant subrogé aux obligations du bailleur, cet argument tombe de lui-même, mais en admettant, *a priori*, que cette dernière opinion soit la seule exacte, on ne pourrait, croyons-nous, en déduire

que le droit de rétention n'ait pas, en général, le caractère d'un droit opposable aux tiers, on ne pourrait y voir qu'une simple anomalie. Nous reviendrons d'ailleurs sur ce point.

M. Cabrye (1) estime que l'acquéreur du fonds est un tiers vis-à-vis du fermier ; il est le successeur à titre particulier du bailleur et ne continue pas sa personne : aucun rapport de droit n'est intervenu entre lui et le fermier, et c'est donc bien à un tiers que celui-ci opposera son droit.

L'acquéreur n'a pas été partie au contrat, en vertu duquel le fermier réclame une indemnité, mais qu'importe. D'ailleurs, l'acquéreur se heurte à une situation de fait, à la détention de la ferme par le fermier, et il n'est pas nécessaire qu'un rapport de droit soit intervenu, pour permettre au fermier d'opposer cette détention à l'acquéreur. Si celui-ci se trouve lésé, il n'a qu'à se retourner contre son vendeur, mais le fermier ne doit pas supporter un préjudice par la faute de son bailleur.

Mais avec cette théorie, on force un individu à payer une dette qu'il n'a jamais contractée, ce qui est tout à fait anormal.

On peut voir une personne payer une dette

1. Cabrye. *Du droit de rétention*, p. 131.

qui n'est pas la sienne, mais en agissant ainsi cette personne le fait de son plein gré ; mais ce qu'on ne saurait admettre c'est que l'on put faire supporter à une personne et malgré elle, le paiement d'une dette qu'elle n'a jamais contractée.

Aussi a-t-on essayé de donner une autre explication à la disposition de notre article 1749.

L'on a supposé que l'acquéreur se trouvait, ici, subrogé à la dette du bailleur. Cette opinion a été soutenue par M. Laurent (1) et reprise récemment par M. Gaudemet (2) dans sa thèse pour le doctorat.

Cette théorie a l'avantage d'être en parfaite conformité avec la tradition historique.

Ainsi que le fait remarquer M. Gaudemet, sous notre ancienne législation, l'acquéreur d'un fonds de terre déjà loué, s'engageait dans l'acte de vente à lui faite, à respecter le droit du fermier.

Cette clause devint bientôt de style, et notre Code l'a sous-entendue, et nous trouvons ainsi dans l'article 1743 « une stipulation pour autrui légalement présumée. »

Cet article suppose que le bailleur a fait cette

1. Laurent. Tome 29, p. 326.

2. Gaudemet. Thèse pour le doctorat. Faculté de droit de Dijon, année 1898, p. 393.

stipulation, pour le futur acquéreur, lors de la passation du contrat de bail; il est censé avoir dit à son locataire : je m'engage à vous faire jouir pendant tant d'années, si je vends mon bien, son acquéreur aura le droit de vous expulser, mais je stipule pour lui qu'il vous paiera préalablement telle indemnité.

En signant l'acte de vente, l'acquéreur adhèrera par cela même à cette stipulation précédemment faite pour lui, il prendra ainsi la place du stipulant primitif et deviendra l'obligé du fermier; et lorsque celui-ci lui opposera son droit de rétention comme sûreté de l'indemnité qui lui est due en vertu de cette obligation là même, ce sera en définitive à son débiteur que le fermier opposera son droit.

Nous pensons que c'est ainsi que doit être expliquée la disposition de l'article 1749 et il en résulte que dans cette espèce, le droit de rétention n'est accordé à un créancier que contre son propre débiteur; mais on ne peut en déduire un argument en faveur de la non opposabilité aux tiers de notre droit.

De même que, si dans l'hypothèse de l'article 867, nous avons vu qu'il n'était question que des relations des cohéritiers entre eux et que, si, dans cette espèce, le droit de rétention n'était pas opposable aux tiers, cela ne tenait qu'aux

circonstances particulières dans lesquelles il s'exerçait alors, de même nous pouvons dire maintenant que ce fait, que l'acquéreur, auquel le fermier oppose son droit, soit considéré comme le débiteur de ce dernier, n'implique nullement que notre droit ne puisse être, dans sa pratique habituelle, opposé aux tiers.

Le dépositaire fut protégé à Rome, du moins jusqu'à Justinien, et sous notre législation française, par un droit de rétention pour sûreté des dépenses que le dépôt avait pu lui occasionner : se conformant aux précédents historiques, notre Code civil lui permet par l'article 1948 de « retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt ».

Cet article est conçu dans les termes les plus généraux, mais quoiqu'il n'en fasse pas mention nous croyons qu'il faut faire encore ici une distinction entre les dépenses nécessaires, utiles ou voluptuaires que le dépositaire a pu faire à l'occasion de ce dépôt ; et l'on doit décider suivant la règle traditionnelle, qu'il doit être intégralement remboursé de ses dépenses nécessaires, ne recevoir pour les impenses utiles qu'une indemnité équivalente à la plus-value qu'elles ont procurée au dépôt et enfin qu'il n'a droit à rien pour les impenses voluptuaires, sinon de

les enlever, pourvu qu'il ne résulte aucune détérioration de ce fait.

Mais la généralité des termes de notre article nous prouve bien que le dépositaire peut opposer son droit aux tiers, qui venant du chef du déposant, voudraient reprendre ce dépôt sans l'indemniser. L'article dit en effet : le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû..., c'est bien indiquer clairement que tant qu'il n'aura pas été indemnisé, il aura le droit de retenir le dépôt, quelle que soit la personne qui lui en demande la restitution.

M. Laurent (1), prétend cependant, que l'on ne peut dire que « le dépositaire ait un droit réel dans la chose, parce que la loi lui permet de retenir la chose déposée, pour assurer le paiement des impenses nécessaires qu'il a faites sur la chose ». Notons que M. Laurent emploie ici l'expression droit réel, comme synonyme de droit opposable aux tiers : cela ne fait aucun doute à la lecture du chapitre, dont la phrase, ci-dessus est tirée. Mais pourquoi, ce jurisconsulte ne reconnaît-il pas que le droit accordé au dépositaire, puisse être par lui opposé aux tiers. Il ne nous le dit pas, et se borne à déclarer qu'une telle conception est inadmissible.

1. Laurent, tome 29, p. 326.

Il nous sera permis de ne pas être du même avis, et il nous semble, au contraire, que lorsqu'une disposition législative porte, qu'un individu peut retenir un objet, jusqu'à ce qu'on l'ait indemnisé, des dépenses qu'il a faites sur lui, il en résulte que cet individu peut retenir cet objet, quelle que soit la personne qui le lui réclame. Si la loi avait voulu limiter l'exercice de ce droit de rétention, elle aurait employé une autre formule, et aurait désigné à quels individus, ce droit pouvait être seulement opposé.

Or, du moment que la loi ne fixe aucune limite, c'est qu'elle a voulu protéger le dépositaire envers et contre tous.

Pour soutenir sa théorie, M. Laurent déclare qu'il s'agit ici « d'un droit sur un meuble et que ce droit n'est pas réel ». Qu'entend-il par là ? Veut-il dire qu'un meuble ne soit pas susceptible d'un droit réel ?

Nous ne pensons pas qu'il ait eu jamais cette pensée, qui serait manifestement erronée. Eh bien alors sur quoi se base-t-il pour soutenir que le droit du dépositaire n'est pas opposable au tiers ?

M. Laurent ne fait donc en somme qu'émettre une simple affirmation sans l'accompagner d'aucune preuve, et nous pensons, qu'en recon-

naissant au dépositaire, le droit d'opposer son droit de rétention aux tiers, nous ne faisons que nous conformer au texte même de cet article 1948.

Ce même article ne doit nous laisser aucun doute sur le caractère d'indivisibilité de notre droit.

L'article porte en effet que le dépositaire peut retenir le dépôt jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû, c'est donc que le dépositaire aura le droit de rétention, sur la totalité du dépôt, tant qu'il n'aura pas été complètement indemnisé.

Le droit de rétention nous apparaît donc en cette dernière hypothèse, avec les mêmes caractères que nous lui avons reconnus dans les exemples précédents, enfin ici encore il a sa base dans un rapport synallagmatique et il ne porte que sur la chose à propos de laquelle est née la créance qu'il a pour but de garantir.

Nous arrivons, maintenant à l'étude des articles 2082 et 2087 qui consacrent un droit de rétention, le premier, au profit du créancier gagiste, sur la chose donnée en gage, et le second au profit du créancier antichrésiste, sur l'immeuble donné en antichrèse.

Nous ne parlerons que du premier de ces articles, la matière du gage et de l'antichrèse, étant soumise aux mêmes règles, quant à l'exer-

cice de notre droit, et les commentaires que l'on fait de l'une de ces dispositions, pouvant s'appliquer à l'autre.

L'article 2082, porte que le débiteur ne peut réclamer la restitution du gage, qu'après avoir entièrement payé son créancier : il en résulte donc que ce dernier pourra se refuser à délaisser le gage, tant qu'il n'aura pas été payé.

Le droit de rétention, consacré par cet article, est plutôt conventionnel que légal, c'est ce qui explique qu'il n'a plus la même base, que nous lui avons reconnue ailleurs. Les parties peuvent faire toutes les conventions qu'elles veulent, elles peuvent donc créer par leurs stipulations un droit de rétention.

Il n'y a pas en effet en notre hypothèse de connexité entre la créance et la chose retenue. Le créancier gagiste ne retient pas ce gage, pour sûreté des frais qu'il a faits sur cet objet, il le retient pour sûreté d'une créance qui n'a pas sa cause dans ce gage, mais trouve sa source dans un contrat précédemment intervenu ; comme stipulation annexe à ce contrat de prêt, le débiteur a convenu qu'il remettrait entre les mains de son créancier, un objet mobilier quelconque et qu'il s'interdirait de le reprendre, tant qu'il n'aurait pas acquitté sa dette.

Mais s'il n'existe pas de connexité, en cette

espèce, entre la créance et la chose retenue, le droit de rétention trouve encore ici sa base dans un rapport synallagmatique : le débiteur est tenu de payer sa dette, mais en revanche le créancier gagiste est tenu de rendre le gage, une fois qu'il aura été payé.

Le créancier ne remplira donc pas son obligation tant que son débiteur n'aura pas rempli la sienne.

Mais si nous avons reconnu, ici, à notre droit, une base, un peu différente de celle que nous avons rencontrée précédemment, il faut convenir que le droit de rétention se présente, ici, avec les mêmes caractères que dans les articles déjà examinés.

Et tout d'abord il apparaît, clairement, que le droit de rétention, a bien en notre exemple, le caractère de droit indivisible, l'article dit, en effet, que le débiteur ne peut réclamer la restitution du gage « qu'après avoir entièrement payé, tant en principal qu'intérêts et frais de la dette, pour sûreté de laquelle le gage a été donné ».

Cet article déclare donc bien que notre droit, porte encore sur le gage tout entier, tant que la dette n'a pas été entièrement acquittée, et il ne fait ainsi que reproduire cette phrase de Pothier, que nous avons déjà eu l'occasion de rappeler

et qui est ainsi conçue : « Pour peu, qu'il reste quelque chose de dû de la créance, le débiteur n'est pas encore recevable à demander la restitution, ni de ce qu'il a donné, ni même de la moindre partie de ce qu'il a donné en nantissement (1) ».

Il nous reste à savoir, si le droit de rétention du gagiste peut être opposé aux tiers, et c'est là le sujet d'une grave controverse que nous allons maintenant étudier.

M. Laurent (2) et M. Guillouard (3) se fondant sur ce que l'article 2082 porte : que le débiteur ne peut réclamer le gage... en déduisent que le droit de rétention du créancier gagiste, ne peut être opposé qu'à son débiteur et non à d'autres ; « ce n'est qu'une exception personnelle du gagiste, contre son débiteur ».

M. Pont (4) et MM. Aubry et Rau (5) sont du même avis, mais ces derniers auteurs font cette réserve que, en cas de gage tacite, c'est-à-dire dans un cas où le gagiste est dépourvu de privilège, celui-ci peut opposer son droit de rétention aux tiers.

1. Pothier. *Traité du nantissement*, chap. II n° 43.

2. Laurent, tome 28, n° 502.

3. Guillouard. *Traité du nantissement*, n° 139.

4. Pont. *Petits contrats*, tome 2, n° 1184.

5. Aubry et Rau, tome 4, § 434.

C'est donc, comme le fait remarquer M. Guillouard que la raison de refuser au gagiste d'opposer son droit aux tiers, est que cette opposabilité absolue ne lui serait pas nécessaire et qu'il se trouve suffisamment protégé par son privilège.

D'ailleurs on ne peut tirer de cette disposition aucune conclusion susceptible de modifier la nature du droit de rétention, et MM. Paul Pont et Guillouard disent en effet que l'on se trouve ici, en une hypothèse absolument spéciale.

Mais bien que ces auteurs fassent leurs réserves, sur le caractère qu'il convient de donner généralement au droit de rétention, et n'en déduisent aucune conséquence, en faveur de la personnalité de ce droit, nous croyons néanmoins que cette théorie est contestable.

Quelles raisons invoque-t-on pour son soutien ?

Tout d'abord, on se fonde sur ce fait que l'article 2082 ne parle que du débiteur, mais il est facile de répondre, que s'il n'a parlé que de cet individu, ce n'est que parce qu'il a voulu viser le cas le plus général.

La plupart du temps le gagiste n'aura de rapports qu'avec son débiteur, et ce ne sera qu'à celui-ci le plus souvent, qu'il aura à opposer

son droit. On s'explique donc parfaitement que la loi n'ait parlé que de cette hypothèse, mais de là à déclarer qu'elle n'ait permis, qu'en cette seule hypothèse, l'exercice de notre droit, il y a loin, et nous croyons que l'on fait dire à notre article, autre chose que ce qu'il a voulu dire.

Aussi l'argument, sur lequel se fondent, principalement, ces auteurs que nous combattons, est l'inutilité, pour le gagiste, de pouvoir opposer son droit aux tiers, puisqu'il a déjà un privilège.

Mais nous ne sommes pas convaincus de cette inutilité ; ainsi que nous avons déjà eu l'occasion de le remarquer, l'exercice du droit de rétention sera toujours d'un emploi moins coûteux et plus simple que celui d'un privilège.

Et puis, si l'on trouve inutile de permettre, au gagiste, d'opposer son droit aux tiers, sous prétexte qu'il a déjà un privilège, ne pourrait-on pas dire qu'il était inutile de donner, à ce gagiste, un droit de rétention même vis-à-vis de son débiteur, puisqu'en cette hypothèse il jouit aussi d'un privilège ? Or telle n'a pas été la conception de notre code, et il n'a pas trouvé superflu de fortifier le droit du gagiste par un droit de rétention. Pourquoi supposer alors qu'il ait estimé inutile que ce gagiste puisse opposer ce droit de rétention aux tiers ?

Ces auteurs (1), de plus, se contredisent eux-mêmes : ils accordent en effet, au dépositaire la faculté d'opposer son droit de rétention aux tiers et M. Guillouard (2) justifie ainsi cette solution : « les créanciers du déposant, dit-il, n'ont pas plus de droits que leur auteur, et il serait contraire à l'équité qu'ils pussent entrer en possession de la chose déposée, sans indemniser le dépositaire, comme si le déposant lui-même, voulait reprendre possession de cette chose sans rien payer ».

Eh bien les créanciers du gagiste doivent-ils avoir plus de droits que leur auteur ? Certainement non. Pourquoi alors adopter une autre solution, en matière de nantissement ? Les situations sont les mêmes et rien n'autorise pareil changement.

On ne pourra même pas nous objecter, que si l'on refusait au dépositaire d'opposer son droit de rétention aux tiers, on rendrait ainsi son droit illusoire. Lui non plus, n'a pas besoin de ce droit de rétention, puisqu'il jouit déjà d'un privilège, du privilège accordé par l'article 2102-30 à celui qui a fait des frais pour la conservation de la chose. Sans doute le dépositaire, ne jouira

1. Aubry et Rau. Tome 4, § 404 et Paul Pont, *Petits contrats*. Tome 1, no 511.

2. Guillouard. *Traité du dépôt et du séquestre*, n° 115.

pas toujours de ce privilège, il n'en jouira que lorsqu'il aura fait des frais pour la conservation du dépôt, et l'on peut concevoir que les dépenses, que cette chose lui a occasionnées soient d'une autre nature.

Mais pourquoi, en tout cas, ces auteurs, ne distinguent-ils pas suivant que le dépositaire, se trouve protégé ou non par un privilège ? Pourquoi dans le premier cas ne refusent-ils pas à ce dépositaire, d'opposer son droit de rétention aux tiers, et cela pour les mêmes raisons qu'ils invoquent, pour justifier pareil refus à l'égard du gagiste ?

On pourrait répondre, il est vrai, que le texte de l'article 1948 n'apporte aucune restriction à l'exercice de notre droit et est conçu dans les termes les plus larges, tandis qu'il n'est question que du débiteur dans l'article 2082.

Mais doit-on s'attacher aussi strictement à la lettre de cette disposition ? La loi, d'ailleurs, se borne, la plupart du temps, à viser le cas le plus général ; c'est précisément ce qui a lieu en cet article 2082, et l'on ne peut en conclure que ce ne soit qu'à son seul débiteur, que le gagiste puisse opposer son droit de rétention.

Nous pensons donc, qu'il faut encore en cette hypothèse, reconnaître à notre droit le même caractère que la loi lui reconnaît ailleurs, et dé-

cider qu'il peut encore ici être opposé aux tiers.

Le Code civil consacre expressément encore, par l'article 2280, l'exercice du droit de rétention au profit de l'acheteur en foire ou chez un marchand de choses semblables, d'un objet perdu ou volé. Cet article permet au propriétaire dépossédé de cet objet, de le reprendre, mais il doit préalablement en rembourser le prix à l'acheteur ; celui-ci aura donc le droit de retenir cet objet, tant que son propriétaire ne l'aura pas remboursé.

Le droit de rétention est exercé ici, selon sa pratique habituelle, et il repose sur la même base que nous lui avons reconnue précédemment.

L'acheteur a fait une dépense pour acheter cette chose, c'est donc à propos de cette chose que ses frais ont eu lieu, et il n'exerce son droit que sur cette même chose. L'acheteur n'est pas d'ailleurs propriétaire de cet objet perdu ou volé. il l'a acheté *a non domino*, et par suite, il ne peut avoir sur lui le droit de propriété ; il n'en retient donc que la possession.

Une loi nouvelle du 11 novembre 1892, a complété cet article 2280, et assimilé à l'hypothèse prévue, le cas d'un propriétaire, revendeur en vertu de l'article 2102-1^{er}, les meubles que son locataire a déplacés sans son consentement, et qui ont été vendus suivant les mêmes condi-

tions que spécifie le premier alinéa de l'article 2280.

Les circonstances sont en effet les mêmes, quoique le propriétaire n'invoque que l'idée de gage, pour revendiquer les meubles de son locataire ; il était donc nécessaire de protéger l'acheteur contre les dangers de la revendication du propriétaire et c'est cette lacune que la loi nouvelle a comblée heureusement.

SECTION II

Principes généraux auxquels on peut ramener les applications du droit de rétention.

Notre Code, on vient de le voir, a disséminé dans toute son étendue, les cas d'application du droit de rétention, c'est dans les circonstances les plus diverses qu'il en a consacré l'exercice.

Mais, si différentes que soient les matières, dans lesquelles, il admet l'usage de notre droit ne peut-on ramener à des principes généraux l'obtention de ce droit ? Le Code n'obéit-il à aucune règle, donne-t-il le droit de rétention, que suivant le besoin des circonstances, sans se préoccuper de savoir, si le cas dans lequel

il l'accorde, a quelque analogie, quelque rapport avec ceux dans lesquels il l'a précédemment accordé ?

N'ayant nulle part exposé de théorie à ce sujet, on serait tenté de croire, que le Code n'ait pas obéi à un principe général, en accordant le droit de rétention et n'ait eu en vue que de simples intérêts particuliers.

Mais cependant, ce droit de rétention qui se représente tant de fois en des hypothèses si diverses, est toujours le même ; il aboutit toujours, au même résultat, il constitue toujours, au profit de son titulaire la même arme de défense et si la loi modifie, un peu, parfois, l'usage que le rétenteur peut en faire, l'arme reste néanmoins la même.

Il serait donc bien curieux, qu'un droit, qui, dans toute l'étendue d'un Code, se présente avec les mêmes caractères, qu'un tel droit, ne soit que le résultat de dispositions particulières, sans aucun lien entre elles, et n'émane pas au contraire d'une conception générale.

Sans doute, nos législateurs ne nous ont jamais indiqué les mobiles, auxquels ils obéissaient pour accorder notre droit, ils ne les ont nulle part expressément formulés, mais ne peut-on essayer de les découvrir ? Ne peut-on, en groupant ces divers cas, dans lesquels ils admettent

l'exercice du droit de rétention, ramener ces hypothèses, qui, au premier abord, semblaient si différentes, les ramener à une conception unique et générale ?

C'est ce que nous tâcherons de faire, et nous essaierons ainsi, de prouver que notre Code, bien loin de ne se conformer à aucune règle fixe, a obéi, au contraire, en notre matière, à des principes généraux, que nous allons maintenant étudier.

Le droit de rétention est accordé par notre Code, tantôt à un possesseur, tantôt à un véritable propriétaire, mais quel qu'en soit le bénéficiaire, son but est le même : il a toujours pour but d'assurer à son titulaire, soit le remboursement des impenses qu'il a faites sur la chose qu'il retient, soit, comme dans l'hypothèse de l'article 1612 et dans celle de la vente à réméré, le paiement d'une somme équivalente, à la valeur du bien qui sort du patrimoine du rétenteur.

Le droit de rétention est donc une véritable sûreté garantissant ce remboursement ou ce paiement, mais il importe de déterminer exactement, quelle est la base de la créance que garantit notre droit.

Cette créance, nous pouvons le dire dès maintenant, a sa source dans un rapport synallagmatique.

En effet, pourquoi le propriétaire expulsé pour cause d'utilité publique, retient-il la possession de son immeuble ? C'est parce qu'il prétend recevoir l'indemnité qui lui est dûe : la partie expropriante lui doit une indemnité, en revanche il doit abandonner la possession de son bien ; tant qu'il n'aura pas été payé il refusera d'accomplir son obligation et par suite retiendra son bien.

Preons un autre exemple : le cohéritier doit le rapport, à la masse successorale, des biens que le *de cujus* lui a précédemment donnés, sans clause de préciput, mais ses cohéritiers doivent lui rembourser, les impenses qu'il a faites sur ces biens.

Le cohéritier astreint à rapporter n'accomplira pas son obligation, tant que ses cohéritiers n'auront pas accompli la leur.

De même le vendeur s'engage à céder la possession, l'acheteur s'engage à l'inverse à lui payer le prix : l'un n'accomplira pas son obligation, tant que l'autre refusera d'accomplir la sienne.

C'est sur un semblable rapport synallagmatique, que se base le droit de rétention, de l'acheteur à réméré, du fermier expulsé, du dépositaire, du gagiste, et enfin de l'acheteur en foire d'une chose perdue ou volée.

Le droit de rétention est la conséquence natu-

relle et directe de ce rapport synallagmatique : vous retenez la chose, tant que la partie adverse ne vous a pas fourni la prestation qu'elle vous devait.

Faites ceci, je ferai cela : c'est en cette simple proposition que peut se résumer l'exercice de notre droit et comme un auteur (1) l'a dit, il apparaît comme une simple application du droit de résolution tacite, qui est contenu dans tous les contrats synallagmatiques. Le droit de rétention, n'est que la conséquence, que la mise en pratique, de cette clause résolutoire, or, cette clause est bien le résultat d'une idée générale d'équité, et notre droit qui n'en constitue en somme que le mode d'emploi, émane par suite de ce principe universel, que le Code a consacré en l'article 1184.

Mais si le droit de rétention doit, nécessairement, avoir pour base, ce rapport synallagmatique, la loi exige, le plus souvent, quelque chose de plus, pour en autoriser l'exercice.

Elle exige qu'il existe, une connexité étroite, entre la chose retenue et la créance que le rétenteur prétend recouvrer.

Si en effet, toutes les fois, qu'une créance est née, à raison de la chose que l'on retient, il

1. Cabrye. *Du droit de rétention*, n° 113.

s'en suive que cette créance ait toujours sa source dans un rapport synallagmatique, à l'inverse, on peut concevoir un tel rapport, donner naissance au droit de rétention, sans qu'il y ait cependant, aucune connexité entre la créance et la chose retenue.

La loi exige le plus souvent, l'existence de ce débiteur *cum re junctum*, pour justifier l'exercice du droit de rétention et l'exigence de cette connexité constitue donc, un second principe sur lequel s'appuie notre droit.

Mais comme nous venons de le remarquer, ce second principe se confond en somme avec le premier que nous avons précédemment mentionné : l'existence de cette connexité entre la créance et la chose retenue, emportant en effet, nécessairement, l'existence d'un rapport synallagmatique qui constitue la source de cette créance.

Il faut donc pour justifier l'exercice de notre droit, que la créance, née d'un rapport synallagmatique, soit connexe à la chose retenue, ou que simplement, cette créance, soit née toujours d'un rapport synallagmatique, sans qu'il y ait cependant de connexité avec la chose retenue.

L'idée de contrat synallagmatique domine en effet toute notre matière, et en constitue l'idée

essentielle sans laquelle l'exercice de notre droit ne pourrait se concevoir. La loi, peut, parfois, se montrer, un peu plus rigoureuse, et exiger en outre que la créance soit connexe à la chose retenue, mais nous trouverons toujours, à la base, cette même convention synallagmatique.

Notre Code nous l'avons déjà remarqué, n'a émis aucune théorie en notre matière, mais puisque dans tous les cas où il admet l'exercice du droit de rétention, la créance, que ce droit garantit, a sa source, tout au moins, dans un rapport synallagmatique, on peut, croyons-nous, considérer la nécessité de ce rapport, comme étant l'idée générale à laquelle se rapporte la loi pour autoriser l'exercice du droit de rétention.

Notre droit n'est donc que le résultat d'une conception générale, que l'on peut traduire ainsi : lorsque deux personnes se trouvent liées par des obligations réciproques, l'une ne peut contraindre l'autre à remplir ses engagements, si elle-même se refuse à accomplir les siens.

C'est donc à ce principe que notre Code civil ramena l'usage de notre droit ; ce principe, il ne l'a, à la vérité, nulle part formulé, mais ne peut-on supposer que ses rédacteurs l'avaient

présent à l'esprit, chaque fois qu'ils ont accordé le droit de rétention.

Et cette supposition que nous faisons, devient presque une certitude, si l'on songe que nos législateurs ne faisaient de la sorte que suivre la règle, que leur avaient tracée et les jurisconsultes romains et nos auteurs coutumiers.

En effet, il n'est pas proposé par ces interprètes un seul exemple de droit de rétention, où nous ne trouvions un rapport synallagmatique, comme source de la créance que ce droit doit garantir.

Sans doute, ce rapport synallagmatique, ne constituera pas toujours à Rome un véritable contrat, et ce ne sera le plus souvent qu'une simple obligation naturelle, mais il y aura toujours néanmoins, comme base à l'exercice du droit de rétention, un rapport synallagmatique.

Nous croyons avoir démontré dans notre chapitre 1, que les Romains exigèrent toujours la connexité entre la créance et la chose retenue pour justifier l'exercice de notre droit ; c'était donc, ainsi que nous l'avons alors remarqué, exiger implicitement la nécessité d'un rapport synallagmatique comme source de la créance que le droit de rétention devait garantir. Nous ne ferons ici, que rappeler les quelques textes que nous avons déjà cités, mais dans tous nous

trouverons une convention synallagmatique, comme source de la créance que le rétenteur veut recouvrer en opposant son droit.

Un texte de Papinien, la loi 1 princ. liv. 20. T. I, qui est croyons-nous, le seul fragment, dans lequel, la connexité entre la créance et la chose retenue ne soit pas exigée, pour justifier l'exercice de notre droit, nous montre cependant une espèce dans laquelle le droit de rétention, garantit une créance, qui a sa source dans une convention synallagmatique : il s'agit du cas d'un individu, qui vous a hypothéqué un bien dont il n'était ni propriétaire, ni créancier ; plus tard il en devient propriétaire, et Papinien se demande alors, si le droit de gage naîtra à votre profit, et il répond que si vous avez su que ce bien était à autrui, vous n'aurez sur lui qu'un droit de rétention.

Eh bien ici, le créancier pourra retenir ce bien, parce que, en revanche son débiteur doit le payer : tant que celui-ci n'aura pas acquitté sa dette il retiendra le bien.

C'est donc bien, sur un rapport synallagmatique qu'est basé, ici, l'exercice du droit de rétention.

Il en est de même dans l'espèce que nous cite Paul dans la loi 27 § 5, liv. 6, T. 1 : il s'agit d'un possesseur qui a fait des impenses

sur un immeuble actuellement revendiqué ; le possesseur pourra retenir cet immeuble tant que le propriétaire ne l'aura pas indemnisé : le possesseur doit rendre l'immeuble, mais en revanche le propriétaire lui doit une indemnité.

Enfin ce même jurisconsulte dans la loi 2 princ. liv. 14. T. 2., permet, à un capitaine de navire, qui a jeté une partie de sa cargaison pour éviter un naufrage, permet à ce capitaine de retenir le reste des marchandises, jusqu'à ce que leurs propriétaires respectifs l'ait indemnisé, du préjudice que le jet lui a causé : ce capitaine doit livrer les marchandises, mais leurs propriétaires lui doivent une indemnité ; l'un n'accomplira son obligation que lorsque les autres accompliront la leur.

Ces quelques exemples nous font apparaître, le droit de rétention comme étant à Rome, le moyen légal pour le co-contractant d'une convention synallagmatique, de refuser l'exécution de son obligation, tant que ces co-contractants n'auront pas accompli la leur. Nous ne voulons pas dire, qu'un simple rapport synallagmatique suffisait, alors, pour justifier l'exercice de notre droit ; nous croyons, au contraire, que les jurisconsultes romains exigèrent en outre, que la créance soit connexe à la chose retenue.

Nous avons vu, qu'un seul fragment de Papi-

nien, la loi 1 princ. liv. 20 t. 1, semble faire abstraction de cette dernière exigence, et que cet auteur paraît admettre l'exercice de notre droit, en dehors de toute connexité entre la créance et la chose. Mais cette opinion est isolée et nous pensons, par suite qu'elle peut être écartée.

Nos jurisconsultes coutumiers se montrèrent moins rigoureux que leurs prédécesseurs romains, et certains parmi eux, se contentèrent d'un simple rapport synallagmatique pour justifier l'exercice de notre droit : nous avons déjà vu que Loysel (1) permettait à un locataire, qui avait pris à sa charge des réparations nécessaires, de retenir ses loyers, tant que son propriétaire ne l'aurait pas indemnisé : le propriétaire est tenu de faire ces réparations, le locataire de payer son loyer : celui-ci n'accomplira pas son obligation tant que son propriétaire n'aura pas accompli la sienne, et cette seule idée suffit à Loysel, pour justifier l'exercice de notre droit.

Mais nous trouverons dans un passage de Voët (2) déjà cité, la preuve que la connexité entre la créance et la chose retenue, ne fut pas

1. Loysel, *Institutes coutumières*, liv. III, Tit. 6 § 9.

2. Voët. *Commentaire sur les pandectes*. Tome 1. liv. XVI Tit. 2. p. 20.

toujours exigée dans notre ancien droit, pour autoriser l'usage du droit de rétention. Voët dit en effet : *Præcipue, retentionis locus ob id quod occasione rei retentæ debetur...*, c'est donc que cette connexité n'était pas absolument indispensable, mais ce jurisconsulte ne nous dit pas ce qui était exigé pour justifier l'exercice de notre droit. Cependant, de même qu'à Rome, tous les exemples que nous ont rapportés nos auteurs coutumiers, nous présentent le droit de rétention comme une sûreté garantissant une créance née d'une convention synallagmatique.

En effet, pourquoi d'Argentré (1), commentant l'article 193 de la coutume de Bretagne, permet-il au voiturier, auquel cet article accorde déjà un privilège, d'opposer un droit de rétention sur les choses voiturées, pour sûreté des frais de transport? tout simplement par suite de cette idée que le voiturier n'est pas tenu d'accomplir son obligation, tant que le destinataire n'aura pas payé les frais de transport.

C'est toujours sur cette même idée de rapport synallagmatique que Dumoulin (1) base le droit de rétention qu'il accorde au père de famille

1. D'Argentré. *Commentaire sur la coutume de Bretagne*. Art. 193. 183. *De la nouvelle coutume*. p. 613.

2. Dumoulin sur Paris. Tit. 41, art. 128, § 16.

qui ayant labouré le champ de sa fille, qui serait venue à mourir, doit céder la possession de ce champ aux collatéraux : eh bien il gardera la possession du champ, tant que les collatéraux n'auront pas rempli leur obligation, qui consiste à l'indemniser des frais de labours et culture.

Enfin Pothier (1) lorsqu'il accorde au commodataire le droit de retenir la chose prêtée, jusqu'à ce que le prêteur l'ait remboursé des dépenses, que cette chose lui a occasionnées, Pothier ajoute qu'il en est de même pour tous ceux qui font des impenses pour la conservation d'une chose, qui se trouve en leur possession : le possesseur doit rendre la chose qui ne lui appartient pas, mais en faisant des impenses sur cette chose il a acquis par cela même un droit à une indemnité. C'est donc toujours la même idée de rapport synallagmatique qui sert encore ici de base à l'exercice de notre droit, et comme on le voit, Pothier, en fait une application générale.

Soit que nous envisagions le droit de rétention dans la législation romaine, soit que nous examinions les cas d'application consacrés par notre ancien droit ou par notre Code civil,

1. Pothier. *Prêt à usage*. Chap. II, n° 43.

toujours nous verrons ainsi apparaître un rapport synallagmatique à la base de la situation dans laquelle se produit l'exercice de notre droit.

On peut soutenir, il est vrai, que rien ne prouve que les rédacteurs de notre Code civil aient obéi à un même principe général, toutes les fois qu'ils permirent expressément l'usage du droit de rétention.

Mais cependant, ce droit, tel que nous le voyons consacré par quelques articles du Code, ce droit nous apparaît dans les mêmes circonstances, dans les mêmes situations, où jadis il se produisait.

Est-ce là l'effet du hasard ? Il est permis tout au moins d'en douter et il est plus vraisemblable de supposer que nos législateurs n'ont fait en notre matière que s'en rapporter aux précédents historiques.

Aucune théorie, sans doute, n'avait été faite, dans les législations antérieures mais il n'en était pas besoin : le droit de rétention provient en effet d'un principe d'équité universelle, qui n'a pas besoin d'être inscrit dans une loi, pour s'imposer au respect de tous ; ce principe nous l'avons déjà formulé en cette simple proposition que : nul n'est tenu d'accomplir son obligation, si son co-contractant se refuse à accomplir la sienne. C'est là une règle générale qui a dû toujours

exister et qui tient à l'essence même de tout rapport synallagmatique.

Or était-il bien nécessaire qu'une loi formule expressément une telle règle pour qu'elle soit admise ? N'existe-t-elle pas d'elle-même dans toute convention synallagmatique ?

Nous croyons en effet, que cette clause résolutoire qui est contenue dans tous les contrats synallagmatiques et dont le droit de rétention n'est en somme que la mise en pratique, que cette clause résolutoire n'avait pas besoin, pour être admise, d'être rappelée dans tous les cas, où serait possible son opposition, car elle émane d'un principe d'équité général.

Il a pu nous arriver, dans les pages qui précèdent, de dire, que le droit de rétention trouvait sa source dans un contrat synallagmatique ; nous n'avons pas voulu prendre cette expression dans son sens strictement technique, mais avons simplement voulu dire qu'il y avait un rapport synallagmatique dans toutes les situations, dans lesquelles, se produisait l'exercice de notre droit.

L'expression de contrat synallagmatique n'est en effet nullement synonyme de celle de rapport synallagmatique : la première ne comprend que les seuls contrats désignés de ce terme, tandis que par rapport synallagmatique, on peut com-

prendre tout accord de volontés dans lequel chacune des parties s'engage à quelque chose.

Il est à remarquer qu'une telle convention existe forcément, et toujours avant la formation de tout contrat : les parties doivent en effet préalablement se mettre d'accord avant la passation de tout contrat, et c'est ainsi que l'on trouve toujours, même dans un contrat unilatéral, une convention synallagmatique, précédant la formation de ce contrat.

Prenons comme exemple le contrat de prêt ; c'est bien là un contrat unilatéral qui ne se forme que par la remise des deniers par le prêteur à l'emprunteur ; cependant il a été forcément précédé d'une convention synallagmatique entre les parties : je m'engage à vous prêter 1000 francs, vous, vous vous engagez à me payer l'intérêt de mon argent à 5 0/0 ; le contrat de prêt n'est pas encore formé, mais cette convention synallagmatique existe déjà.

Eh bien, en vertu de ce simple accord de volontés, si plus tard, vous ne me payez pas l'intérêt convenu, je serai en droit de vous demander la restitution de ce que je vous ai prêté : puisque vous n'accomplissez pas votre obligation, je n'accomplirai pas la mienne, de ne vous réclamer mon argent qu'au terme convenu.

La clause résolutoire, qui semblerait au pre-

mier abord devoir être uniquement opposée que dans les contrats synallagmatiques, produit donc ailleurs son effet, et cela même, dans un contrat purement unilatéral, comme le contrat de prêt.

Et la raison en est que notre article 1184 est une disposition d'équité universelle qui peut, et doit être partout appliquée.

Si nous avons fait cette légère digression, ce n'est que pour prouver que le droit de rétention, qui émane de cette clause résolutoire, qui n'en est que le mode d'emploi, que ce droit de rétention doit être considéré comme émanant d'un principe général d'équité, principe que respectèrent et le Droit romain et l'Ancien droit français, et auquel se conforma notre Code civil.

CHAPITRE III

Nature et Effets du droit de rétention.

Nous devons maintenant déterminer quelle est la nature exacte du droit de rétention, sous l'empire de notre Code Civil.

Si nous avons précédemment exposé, quels furent les caractères de notre droit sous la législation romaine et l'ancien droit français et avons passé en revue ses différents cas d'application consacrés par notre code, nous avons jusqu'ici laissé de côté la question de la nature du droit de rétention, dans notre droit actuel.

Nous venons de déterminer à quel principe général se rattache, croyons-nous, l'exercice de notre droit et avons essayé de prouver que ce principe est aujourd'hui le même que celui sur lequel ce droit se basa soit à Rome soit dans notre ancienne France. Il nous reste maintenant à voir si le droit de rétention qui nous apparaît, aujourd'hui avec la même base qu'il

eut jadis, si ce droit a conservé parmi nous les caractères qui lui furent, autrefois reconnus.

Si le droit de rétention ne fut pas regardé à Rome comme un droit réel, ce caractère lui fut formellement reconnu dans notre ancien droit. Nous croyons que sous l'empire de notre Code Civil il a conservé ce même caractère et doit être aujourd'hui regardé comme droit réel.

Cette expression est peut-être impropre, étant appliquée à un droit, tel que le nôtre, qui encore aujourd'hui ne s'exerce qu'au moyen d'une simple exception. Mais en employant ce terme, d'ailleurs admis par la plupart des auteurs, nous ne voulons pas assimiler complètement le droit de rétention à un droit réel, mais voulons simplement dire qu'il en a toute l'énergie et peut comme tel, être opposé aux tiers.

Si à Rome, notre droit, ne pouvait être opposé qu'à certaines personnes, cela ne tenait en somme qu'aux règles de procédure, que nous avons précédemment examinées. Ne fonctionnant alors que par l'exception de dol, notre droit devait se soumettre aux règles du fonctionnement de cette exception. Or rappelons-le, en passant, il fallait pouvoir reprocher un dol à son adversaire, pour que ce moyen de défense produise son effet et un tel dol ne pouvant être reproché aux ayants-cause à titre onéreux, il s'en

suivait que le rétenteur ne pouvait opposer son droit, à ces derniers.

Mais ces subtilités de procédure disparurent avec le droit romain, et nos auteurs coutumiers admirent parfaitement l'opposabilité de notre droit aux tiers. Pourquoi ne l'admettrions-nous pas aujourd'hui ?

Sans doute le droit de rétention ne constitue toujours qu'une simple exception, mais pas plus que nos vieux jurisconsultes français, nous ne sommes liés par les règles romaines de l'exception de dol. De plus l'on ne peut supposer, qu'en admettant l'exercice du droit de rétention, notre code n'ait voulu accorder ainsi qu'un droit illusoire à son titulaire.

Si en effet on refuse au rétenteur, d'opposer son droit aux tiers, on lui refuse en quelque sorte l'exercice même de son droit. Son adversaire, n'aurait, en effet qu'à vendre le droit, en vertu duquel, il réclame la chose que le rétenteur retient, pour que le droit de ce dernier devienne immédiatement sans effet.

On nous objectera, il est vrai, qu'en accordant une telle énergie au droit de rétention, on en fait une véritable cause de préférence, et que d'ailleurs, rien ne prouve, que notre législation, ait voulu lui donner une telle force.

Mais, peut-on supposer que notre Code ait,

ainsi, voulu donner un droit à un individu, et ait voulu en même temps lui en interdire l'usage ?

Une telle conception n'est pas admissible.

Nous aurions très bien compris que notre législateur, prohibât l'usage du droit de rétention, mais du moment qu'il en admet l'exercice, il faut en conclure qu'il a dû vouloir en rendre l'exercice efficace et pratique.

Car il n'est pas possible de prétendre, que le Code ait eu l'intention de réduire les effets de notre droit, aux rapports entre créancier et débiteur.

Le droit de rétention, pourrait, sans doute, même étant ainsi réduit, procurer un certain avantage à son titulaire, mais il faudrait pour cela, admettre que l'adversaire de ce dernier soit toujours honnête, et, malheureusement, ce n'est pas ce qui aura lieu le plus souvent, d'autant plus que celui-ci, sachant qu'il peut tirer un bénéfice de sa chose, sans payer l'indemnité qu'il doit, s'empressera de vendre cet objet, et trouvera, d'autant plus facilement un acquéreur, que ce dernier ne pourra jamais être inquiété.

Eh bien, c'est à ce résultat profondément immoral, que l'on aboutira forcément, si l'on refuse au rétenteur, d'opposer son droit aux tiers.

Telles sont les raisons qui plaident en faveur

de l'opposabilité absolue de notre droit, mais ce n'est pas sur elles seules que nous appuierons notre théorie, et ce sera sur les textes mêmes de la loi, que nous allons maintenant étudier.

Nous ne parlerons pas de l'article 545, car dans cette espèce, il ne peut être question que des rapports, du propriétaire, expulsé pour cause d'utilité publique, avec la partie expropriante : état, département... etc.

Le droit de rétention que la loi accorde, ici à ce propriétaire, n'a pas à être opposé à d'autres, qu'à cette partie expropriante.

Nous laisserons également de côté l'article 867, car comme nous l'avons déjà remarqué, si le droit de rétention ne peut être, ici, opposé par le cohéritier qu'à ses cohéritiers, cela tient uniquement, aux circonstances particulières, dans lesquelles il s'exerce.

Nous passerons donc tout de suite à l'article 1612, qui accorde au vendeur, le droit de retenir la possession de sa chose, tant que l'acheteur ne lui en aura pas payé le prix. Cet article est conçu dans les termes les plus généraux et aucune restriction n'est apportée à notre droit : « le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paie pas le prix » ; on ne peut soutenir qu'il ne soit question ici, que des rapports entre acheteur et vendeur, sous prétexte,

que l'article ne parle que de cet acheteur, et il faut admettre, que le vendeur doit pouvoir retenir sa chose, tant qu'on ne lui en aura pas payé le prix, quelle que soit d'ailleurs la personne qui lui réclame la livraison de cette chose.

Admettre une autre solution, ce serait admettre, que le vendeur put être contraint de céder la possession de sa chose, sans en recevoir le prix, ce qui n'est pas admissible.

Aussi tous les auteurs, reconnaissent-ils au droit de rétention du vendeur, l'énergie d'un droit réel, et permettent-ils à son titulaire de l'opposer aux tiers. Pourquoi adoptent-ils dans les autres applications du droit de rétention, consacrées par notre Code, pourquoi adoptent-ils une autre solution? Rien n'autorise pareil changement, et les raisons, qui militaient en faveur de l'opposabilité aux tiers du droit de rétention du vendeur, existent cependant encore dans les autres hypothèses.

L'article 1613 fournit, d'ailleurs en faveur de notre théorie, un nouvel et puissant argument.

Dans l'hypothèse prévue, par cet article, le droit de rétention, ne peut être en effet, exercé que contre des tiers. Cet article suppose, en effet, que l'acheteur est tombé en faillite ou déconfiture, et ce ne sera donc qu'aux créan-

ciers de cet acheteur que le vendeur aura à opposer son droit.

Cet article prouve donc bien que la loi admet, parfaitement l'opposabilité absolue de notre droit aux tiers, et l'on ne pourrait soutenir que l'article 1613 soit une disposition exceptionnelle, car rien dans sa rédaction n'autorise pareille supposition.

Si donc, le code nous montre un rétenteur, pouvant opposer son droit aux tiers, et cela, sans accompagner cette espèce d'aucun commentaire, c'est qu'il considère, que le droit de rétention est de sa nature, ainsi, opposable.

L'article 1673 qui accorde le droit de rétention à l'acheteur à réméré, qui subit le rachat, va nous fournir encore, un nouvel argument.

Il n'est question cependant, ici, que du vendeur et de l'acheteur et néanmoins il est admis que cet acheteur pourra opposer son droit de rétention à d'autres que le vendeur, à tous les ayants cause de celui-ci, qui voudraient reprendre la chose, sans payer ce qui est dû à l'acheteur : cet acheteur est en effet dans la même situation qu'un vendeur, et comme lui, il ne peut être contraint de céder sa chose sans en recevoir le prix.

Il est important de remarquer que l'article ne parle que de l'acheteur et du vendeur, semblant

ainsi, confiner l'exercice du droit de rétention entre ces deux seules personnes. Il n'en est rien cependant. Mais nous verrons qu'une rédaction analogue de l'article 2082, a conduit néanmoins certains auteurs à refuser au gagiste la faculté d'opposer son droit de rétention aux tiers ; nous allons d'ailleurs y revenir.

Passant sous silence l'article 1749, puisque, là encore, le droit de rétention ne peut être, et cela par la force même des circonstances, exercé qu'entre créancier et débiteur, nous arrivons maintenant à l'article 1948.

Ici l'on ne peut dire que la rédaction de cet article prête à quelque ambiguïté.

Il n'y est question que du seul titulaire du droit de rétention, et l'article garde un silence intentionnel sur les personnes auxquelles le dépositaire pourra opposer son droit, laissant manifestement à entendre, qu'il pourra l'opposer à tous ceux qui réclameront le dépôt sans payer l'indemnité qui lui est due.

La loi ne s'occupe pas de savoir, qui aura à payer cette indemnité, elle n'a en vue qu'un seul but : c'est que le dépositaire soit indemnisé, et c'est pour arriver à ce résultat qu'elle reconnaît au droit de rétention un caractère de réalité.

Nous ne dirons que quelques mots de l'article 2082, ayant, dans le chapitre précédent, exposé

les raisons pour lesquelles nous pensons que le gagiste peut opposer son droit aux tiers. Mais notre opinion vient à se fortifier de cette considération, que nous avons passée plus haut sous silence, de cette considération, que si l'on prend comme argument en faveur de la personnalité de notre droit, ce fait qu'il n'est question dans l'article 2082 que du débiteur, on pourrait, se fondant sur un semblable argument, refuser au vendeur, le droit de retenir la possession de sa chose, quand un ayant cause de l'acheteur viendrait en exiger la livraison, sans vouloir en payer le prix.

Nous avons vu que cette conséquence n'était ni admissible, ni même raisonnable, et que d'ailleurs personne ne l'avait soutenue. Mais alors pourquoi, en matière de nantissement, adopte-t-on une autre solution, qu'en matière de vente, alors que ces deux articles 1612 et 2082 traitent tous deux du droit de rétention, et sont conçus en des termes presque identiques ?

Il résulte donc, bien certainement, de tous ces articles que le rétenteur peut opposer son droit aux tiers, et l'on ne saurait nous objecter que certains articles, qui consacrent le droit de rétention, ne parlent que des rapports entre créancier et débiteur.

Si la loi réduit ainsi l'exercice du droit de ré-

tention, cela tient, à ce que l'on ne pourrait dans ces hypothèses, en concevoir autrement l'usage.

Par la force même des circonstances, le créancier ne pourra dans ces divers cas, n'entrer en lutte, qu'avec son débiteur primitif, et c'est pourquoi il ne pourra opposer qu'à ce dernier, son droit de rétention.

Nous concluons donc que le droit de rétention, a, sous l'empire du Code civil, toute l'énergie d'un droit réel, et que son titulaire peut valablement l'opposer aux tiers (1).

Le droit de rétention, qui sous la législation romaine et l'ancien droit français fut regardé comme droit indivisible, conserva, croyons-nous, ce caractère, sous le Code civil.

De même qu'il était nécessaire, pour que l'usage de notre droit fût efficace, qu'on lui reconnût l'énergie d'un droit réel, de même il était nécessaire qu'on lui accordât le caractère de droit indivisible.

Sans doute si ce dernier caractère, ne lui avait pas été reconnu, notre droit aurait pu néanmoins

1. Ajoutons qu'il n'y a pas d'injustice à déclarer le droit de rétention, opposable aux tiers. Ce droit n'est que la mise en pratique de la clause résolutoire contenue dans tous les contrats synallagmatiques. Or, il est admis que l'exercice de l'action résolutoire, réfléchit contre les tiers.

être fort utile pour son titulaire, mais sa protection aurait été toutefois, bien diminuée. Or, la loi en accordant au droit de rétention l'énergie d'un droit réel, a voulu protéger complètement le rétenteur et cette protection n'aurait pas été complète, si de plus ce droit n'avait pas eu le caractère de droit indivisible.

Il est en effet d'une incontestable utilité pour le rétenteur, de n'être pas obligé de se dessaisir, d'une partie de la chose qu'il retient, sous prétexte, qu'il a reçu une partie de ce qu'il réclame. D'ailleurs quel est le but de notre droit ; il consiste en somme à empêcher un individu de reprendre sa chose sans payer ce qu'il doit au détenteur, il consiste à empêcher un enrichissement injuste, or, comme le fait très bien remarquer M. Cabrye (1) : « Si l'on accorde ce droit, toutes les fois qu'il y a injustice de la part du demandeur, à réclamer sa chose, sans payer ce qu'il doit, cette injustice est tout aussi manifeste, lorsque le défendeur a reçu seulement une partie de ce qui lui était dû que lorsqu'il n'a rien reçu ».

Les auteurs qui comme M. Laurent (2) prétendent que le droit de rétention n'est pas indi-

1. Cabrye. *Du Droit de rétention*, n° 15.

2. Laurent. Tome, 29, p. 343.

visible, déclarent que ce caractère d'indivisibilité, ne repose sur aucune base sérieuse.

Il faut dire que cet auteur nie, également, que notre droit soit réel, et c'est pourquoi il arrive à cette conclusion, que du moment que ce droit n'est pas réel, il ne peut être indivisible. Mais nous croyons avoir démontré, dans le paragraphe précédent, le caractère de réalité du droit de rétention ; nous pouvons à notre tour, conclure que, du moment que ce droit est réel, il doit être par suite indivisible. Mais ce ne serait là, qu'un simple raisonnement sans grande force, et qui ne nous apporterait pas un nouvel argument, si nous ne pouvions appuyer notre théorie sur les textes eux-mêmes.

Il résulte de la lecture de ceux-ci, que la loi a voulu, que le rétenteur puisse user de son droit, sur la totalité de la chose qu'il retient, tant qu'il n'aura pas été complètement indemnisé.

C'est ainsi qu'est conçu l'article 867 : « le cohéritier astreint au rapport, retiendra l'immeuble qu'il doit rapporter, jusqu'au remboursement effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses ou améliorations ».

Voilà bien, croyons-nous, l'affirmation la plus formelle, que le rétenteur ne sera pas obligé de rendre une partie de la chose qu'il retient,

s'il a reçu une partie de ce qui lui est dû.

Même formule de la part de l'article 1673, qui, après avoir énuméré les différentes dettes du vendeur à réméré vis-à-vis de l'acheteur ajoute : le vendeur « ne peut entrer en possession qu'après avoir satisfait à toutes ces obligations ».

C'est donc que l'acheteur qui subit le rachat retiendra le bien à lui vendu, tant qu'il n'aura pas été intégralement indemnisé.

Enfin l'article 1948 porte que le dépositaire peut retenir le dépôt, jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû à raison du dépôt, et l'art. 2082, que le débiteur ne peut réclamer la restitution du gage, qu'après avoir entièrement, payé sa dette tant en principal qu'intérêts et frais.

Partout nous voyons la loi reconnaître au droit de rétention le caractère de droit indivisible.

Comment dès lors, peut-on soutenir qu'il n'ait pas ce caractère ? M. Laurent prétend que du moment que notre droit n'est pas un droit réel parfait, son caractère d'indivisibilité ne repose sur aucune base. C'est possible, mais cet auteur semble oublier que le texte de la loi contredit formellement sa manière de voir. Il peut trouver la loi mal faite, mais il faut, néanmoins,

s'incliner devant et reconnaître à notre droit le caractère d'indivisibilité, qu'elle lui donne.

Si le droit romain ne considéra pas le droit de rétention, comme un droit accessoire, au sens technique de cette expression, l'unique raison en est que le rétenteur, n'ayant pas, la plupart du temps, une créance à faire valoir par une action, son droit de rétention ne pouvait être regardé, comme un accessoire, puisque le principal, juridiquement, n'existait pas.

Toutefois, ainsi que nous avons eu l'occasion de le dire, notre droit s'exerça cependant alors, comme une véritable sûreté, n'existant que tant qu'existait l'indemnité qu'il avait pour but de garantir.

Notre ancien droit français sanctionnant tous les rapports de droit et de fait, devait considérer le droit à une indemnité du rétenteur, comme une véritable créance et nous avons vu, que le droit de rétention fut bien regardé alors, comme l'accessoire de cette créance.

Notre Code devait se montrer aussi facile que nos auteurs coutumiers, et sanctionner tous les rapports de droit ou de fait : le droit de rétention doit donc être aujourd'hui considéré, comme une véritable sûreté accessoire.

Au surplus, cette question ne présente guère d'intérêt, et si nous avons rappelé ce caractère

de notre droit, ce n'est que pour montrer que les rédacteurs du Code civil eurent du droit de rétention, une notion semblable à celle que s'en firent nos vieux jurisconsultes français.

Enfin, de même qu'à la fin de l'époque classique romaine, de même que sous notre ancien droit, le titulaire du droit de rétention aura toujours aujourd'hui, une action à sa disposition, pour se faire rembourser les indemnités qu'il réclame.

Il résulte des caractères que nous venons de reconnaître au droit de rétention, que ce droit doit être considéré, comme une véritable cause de préférence, pour son titulaire.

Muni d'une telle arme, le rétenteur aboutira en effet, à se faire payer l'indemnité qu'il réclame et cela par préférence, aux autres créanciers de l'individu auquel il oppose son droit.

Sans doute son droit ne lui permettra que d'opposer une simple exception, et de l'attaque de ses adversaires dépendra, en quelque sorte, l'exercice de ce droit ; mais cette attaque se produira forcément. Quels seront, en effet, les adversaires du rétenteur ? Ce sera ou son propre débiteur, ou les créanciers de ce dernier.

Or les uns et les autres auront tout intérêt à rentrer en la possession de leur chose, d'autant plus que l'indemnité que le rétenteur réclame

sera le plus souvent minime, par rapport à la chose retenue et, dire que le rétenteur est à la merci de ses adversaires, est en somme inexact, puisque ceux-ci ne peuvent vouloir autre chose, que leur propre intérêt.

C'est donc bien une véritable cause de préférence que la loi accorde, en accordant le droit de rétention. Mais quelle cause de préférence ?

Le Code civil en l'article 2094 déclare qu'il n'y a que deux sortes de causes de préférence : les privilèges et les hypothèques. Nous ne croyons pas, cependant, pouvoir faire rentrer le droit de rétention dans l'une de ces deux classes.

Il ne constitue pas, c'est à peine besoin de le démontrer, une hypothèque, mais ne présenterait-il pas les caractères d'un privilège ? La question, quoique plus douteuse, doit être, croyons-nous, encore résolue par la négative.

Sans doute, le titulaire du droit de rétention, arrivera à se faire payer par préférence, et il aura ainsi une situation plus favorable, que celle des autres créanciers du débiteur, auquel il réclame une indemnité.

Mais sur quoi portera son droit ? Ce ne sera que sur la chose qu'il retient, il ne fera qu'opposer la détention matérielle de cette chose. Or un privilège, selon le sens technique, que donnent

à cette expression les articles 2095 et suivants, est un droit qui porte sur le prix d'une chose et non sur la chose elle-même.

L'exercice du privilège suppose, qu'une liquidation de droits est auparavant intervenue, que l'on a préalablement estimé en argent, la valeur des biens du débiteur, et c'est sur le prix de ces biens que portera le privilège.

Notre droit de rétention, porte, tout au contraire, sur la chose elle-même et le bien, sur lequel il porte, est, en quelque sorte, distrait, de la masse partageable de la fortune du débiteur.

Le privilège et le droit de rétention, s'ils ont tous deux le même objet, si tous deux ont pour but de garantir efficacement la créance de leur titulaire, arrivent, toutefois à ce résultat, par deux voies absolument différentes, et ces deux droits ne peuvent en aucune sorte être confondus.

Et puis le droit de rétention est-il un droit actif comme un privilège, qui permet à son titulaire d'entamer le premier les poursuites?

Loin de là, il ne tire sa force que d'une simple exception, d'où il suit qu'en théorie tout au moins, il pourrait rester lettre morte.

Sans doute la faveur, accordée par la loi, au rétenteur, aboutira à lui faire obtenir, par préférence, le paiement de sa créance, mais ce ne

sera là, en somme, qu'un résultat indirect de notre droit, son résultat direct, ce sera la faculté accordée au titulaire, d'opposer victorieusement, une fin de non recevoir, à toutes les réclamations tendant à lui faire délaisser la chose qu'il retient.

C'est moins un droit qu'une mesure de coercition qu'exerce le rétenteur en opposant son droit, car pour qu'il l'exerce, il faut qu'on l'attaque, qu'on le somme de restituer la chose qu'il retient, et encore une fois, rien ne s'oppose en théorie à ce que cette attaque n'ait pas lieu.

La situation est-elle la même pour un créancier privilégié, et va-t-il attendre le bon vouloir des autres créanciers, pour exercer son droit ?

Nullement. On le voit, soit dans la manière dont il s'exerce, soit par rapport à l'objet, sur lequel il porte le droit de rétention ne peut, en aucune façon, être assimilé à un véritable privilège ; il constitue une cause de préférence absolument anormale, absolument originale, à laquelle on ne saurait appliquer les règles particulières aux privilèges.

Mais on nous opposera l'article 2094, qui ne reconnaît que deux causes de préférence : les privilèges et les hypothèques, et l'on nous ob-

jectera que nous créons ainsi une troisième cause de préférence.

Mais c'est la loi elle-même qui autorise l'exercice de notre droit, c'est la loi, qui, par l'article 1613, permet au rétenteur d'opposer son droit aux tiers, c'est encore la loi, qui, par les articles 867, 1673, 1948 et 2082, déclare notre droit indivisible et en fait, par toutes ces dispositions une véritable cause de préférence.

La loi a pu commettre une erreur, en ne comprenant pas le droit de rétention, dans l'énumération des causes légitimes de préférence, mais l'on ne peut en déduire que notre droit, ne constitue pas, pour son titulaire, une véritable cause de préférence.

Il semblerait, d'ailleurs, que la question que nous venons de discuter, présente peu d'intérêt quant à la nature que l'on doit reconnaître à notre droit, car que l'on dise que le droit de rétention constitue un véritable privilège, ou que l'on dise qu'il n'en constitue pas un, le droit produira toujours les mêmes effets, au point de vue de la préférence, qu'il accordera à son titulaire.

Mais cette question a une grande importance, et c'est même la seule qu'elle ait, croyons-nous, si l'on envisage quelle extension, l'on doit donner à l'exercice du droit de rétention. Si

l'on considère ce droit comme un privilège, on doit décider que son exercice n'est possible, que dans les seuls cas, où la loi l'autorise, si au contraire, on le regarde comme une cause de préférence anormale, et n'ayant pas les caractères d'un privilège, on doit conclure, à l'inverse, qu'il est possible d'en étendre, par analogie, l'exercice.

C'est à cette dernière solution que nous nous rangerons, nous pensons, en effet, que la loi n'a pas limité l'usage du droit de rétention aux seuls cas, où elle en a expressément permis l'emploi.

Si le Code avait voulu, ainsi en restreindre l'usage il n'aurait pas indiqué dans toute son étendue les cas d'application de notre droit, mais les aurait groupés, en une section spéciale comme les privilèges.

Et puis n'avons-nous pas déjà reconnu que notre droit, émanait d'un principe général d'équité, principe dont les applications ne peuvent être, en aucune sorte, limitées.

Notre droit a pour but de faire triompher l'équité, et dès lors son exercice doit être possible en dehors des cas expressément spécifiés par la loi ; autrement son but ne serait, qu'en partie rempli : le code ne fait en somme que nous donner des exemples de droit de rétention, il ne fait que nous montrer comment il

doit fonctionner, mais il n'entend nullement en limiter l'usage. Si d'ailleurs le Code civil, avait eu cette intention, il l'aurait certainement exprimée, car il aurait ainsi innové en notre matière, en réduisant l'exercice d'un droit, dont l'usage était, jadis universel.

Nous avons vu, en effet, que le droit romain ne catalogua pas limitativement les circonstances dans lesquelles pouvait s'exercer notre droit, et que nos anciens jurisconsultes, Pothier, entre autres le regardèrent, comme étant d'un emploi général. Si donc le Code, n'a pas formulé d'opinion au sujet de l'extension à donner au droit de rétention, c'est que vraisemblablement, il a voulu s'en rapporter aux précédents historiques, c'est que, comme les législations, dont il émane, il a désiré laisser à la jurisprudence, le soin de faire elle-même les applications de ce principe général auquel il ramenait, comme Rome et notre ancienne France, l'exercice de notre droit.

Mais l'on pourra toujours nous objecter que nous créons ainsi des causes de préférence sans texte, ce qui n'est pas admissible dans notre droit.

Sans doute il peut, au premier abord, paraître dangereux, qu'un individu soit préféré aux autres créanciers, alors que la loi n'autorise pas

expressément, pareille faveur, mais ce danger serait-il aussi grand en notre matière, qu'en pure matière de privilèges ? En d'autres termes serait-il aussi grave, de reconnaître en une nouvelle hypothèse, le valable exercice du droit de rétention, que de créer un nouveau privilège. Nous ne le croyons pas.

Le droit de rétention, n'aura pas, d'ailleurs, des effets aussi puissants qu'un véritable privilège. Si par l'exercice d'un privilège, un créancier pourrait arriver, en se faisant payer, à épuiser la totalité des biens du débiteur commun, pareil résultat ne saurait se produire par suite de l'exercice du droit de rétention.

Ce ne sera jamais qu'une somme minime que le rétenteur réclamera, mais en admettant même que cette somme soit considérable, elle ne saurait, en aucun cas, être égale à la valeur de la chose retenue.

En effet, pour sûreté de quelles dépenses, de quels frais, le rétenteur aura-t-il à opposer son droit ? Ce ne sera que pour des dépenses nécessaires ou utiles, ou encore pour des dépenses qui lui ont été occasionnées, par la chose retenue. Prenons les dépenses nécessaires :

Si le rétenteur ne les avait pas faites, la chose aurait péri ou aurait considérablement diminuée de valeur. Nous voulons bien admettre,

que ces dépenses soient souvent supérieures à l'augmentation de valeur, qui en est résultée pour l'objet, auquel elles se sont appliquées, mais ces dépenses, une fois payées, la valeur de cet objet sera, tout au moins, égale à celle qu'il avait, avant ces réparations ; les autres créanciers trouveront donc, encore une certaine valeur dans le patrimoine de leur débiteur et cela, grâce aux réparations nécessaires que le rétenteur a effectuées.

Ils seraient donc mal venus, à refuser de rembourser ce dernier ; si celui-ci n'avait pas fait ces réparations la chose ne vaudrait plus rien, ou presque plus rien, et les dépenses du rétenteur, si elles n'ont pas augmenté la valeur du bien, ont eu, toutefois, pour effet, de le conserver intact. Le rétenteur, en se faisant payer ces dépenses, n'épuisera donc pas totalement le patrimoine du débiteur commun, il ne fera que l'entamer légèrement.

Il en sera de même pour les dépenses utiles : le rétenteur ne pourra ici opposer son droit que dans la mesure de la plus-value, que ces dépenses auront donnée au bien. Donc ces dépenses une fois remboursées, le bien aura la même valeur qu'il avait avant ces réparations utiles.

Ici les autres créanciers ne courront aucun risque, ne perdront rien, et n'étant pas en droit

de compter sur une plus-value quelconque du bien de leur débiteur, ils n'auront pas à se plaindre, puisque seule, cette plus-value sera soustraite de leur gage commun.

Quant à la troisième sorte de dépenses que le rétenteur peut prétendre se faire rembourser en opposant son droit, elles seront la plupart du temps, encore moins importantes.

Ce sont en effet les dépenses, dont la chose retenue a été l'occasion pour le rétenteur : eh bien elles ne proviendront le plus souvent que des dommages, que cette chose a pu occasionner.

Prenons un exemple. Je vous ai donné mon cheval en dépôt, et cet animal a causé divers dégâts que vous avez dû payer : eh bien, en admettant que ces dégâts soient considérables, ils l'auraient été tout autant, si ce cheval était resté en ma possession, car bien entendu, le dépositaire ne saurait réclamer une indemnité, s'il avait commis quelque faute et si, par exemple, sa négligence avait été la cause de ces dégâts.

Il faut, pour admettre de sa part, une réclamation que la cause de ces dégâts réside uniquement dans la chose déposée. Donc si, pour reprendre notre exemple, ce cheval était vicieux, il aurait tout tout aussi bien causé des accidents

chez son maître, que chez le dépositaire, et par suite, l'indemnité que le maître aurait eu à payer, aurait diminué son patrimoine d'autant.

Il importe donc peu aux créanciers, que cette indemnité soit payée au dépositaire ou à d'autres, puisqu'en fin de compte le résultat doit être le même.

Le rétenteur, en notre hypothèse, ne causera donc, en somme, aucun préjudice aux autres créanciers, en opposant son droit : l'indemnité que le dépositaire réclame pour les dégâts que la chose a causés et qui tiennent au vice même de cette chose aurait été, en effet, forcément payée à un autre, si elle ne l'avait été au dépositaire.

Le droit de rétention ne produira donc pas des effets, aussi puissants qu'un véritable privilège, mais ce n'est pas sur cette seule considération, d'ailleurs sujette à discussion, que nous nous appuierons pour soutenir que notre droit peut être exercé en dehors des cas prévus par la loi.

C'est sur un principe d'équité universelle que le droit de rétention est basé, sur ce principe, que dans toute obligation corrélatrice, l'un des co-contractants ne peut contraindre l'autre à accomplir son obligation si lui-même se refuse à remplir la sienne : c'est bien là un principe gé-

néral, dont les applications n'ont pas besoin d'être formulées pour être admises. Comme nous l'avons déjà dit, la loi ne fait que poser ce principe : à l'interprète d'en tirer ses conséquences.

Si la loi a trouvé équitable, que dans certains cas, un individu se refuse à accomplir son obligation, parce que son co-contractant ne remplissait pas la sienne, on ne voit pas pourquoi, ce même individu, n'aurait pas ce même droit, dans d'autres hypothèses semblables.

Il sera, en effet, toujours injuste, de forcer un individu à accomplir une obligation, quand soi-même on refuse de remplir celle que l'on a contractée envers lui : notre droit n'a pour but que de faire triompher l'équité, il doit donc pouvoir s'exercer, toutes les fois que cette équité sera violée.

N'est-ce pas d'ailleurs cette solution que Paul expose dans la loi 23 § 4, liv. 6, t. 1, que nous avons ailleurs commentée.

Est-ce que Pothier, dont s'inspirèrent directement les rédacteurs du Code civil, ne dit pas formellement, en parlant du commodataire, qui a droit de retenir la chose prêtée, pour sûreté des impenses qu'il a faites sur elle, ne dit pas que : « l'emprunteur a cela de commun avec tous ceux qui ont fait des impenses pour la conservation d'une chose, qui se trouve en leur

possession, qu'ils ont un droit de rétention de cette chose, pour s'en faire rembourser, la chose étant censée obligée par les dites impenses, *veluti quodam pignoris jure* » (1).

Le droit de rétention était donc regardé autrefois comme devant être d'une application absolument générale.

Pourquoi supposer que notre législateur a voulu innover sur ce point. Rien ne nous y autorise.

Nulle part, nous ne trouvons, dans notre Code une disposition restrictive de l'usage du droit de rétention et si la loi n'a pas fait de théorie en notre matière, c'est sans doute pour en permettre l'extension (2).

Nous trouvons même dans une loi récente, la preuve certaine, que notre législateur, ne répugne pas à étendre, par analogie, les cas d'application de notre droit.

Nous voulons parler de la Loi du 11 juillet 1892 qui, complétant l'article 2280 du Code civil, permet à l'acheteur, en foire, ou chez un marchand de choses semblables, d'objets mobiliers, déplacés et vendus par un locataire, sans

1. Pothier. *Prêt à usage*. Chap. II. N° 43, 44.

2. D'ailleurs les rédacteurs du Code, semblent s'être, fort bien rendu compte, qu'il ne fallait pas tenter d'assigner des limites précises, à une doctrine d'équité.

le consentement de son propriétaire, permet à cet acheteur d'opposer un droit de rétention, à la revendication que fait le propriétaire de ces meubles : l'acheteur les retiendra, tant que le propriétaire ne lui aura pas remboursé le prix, qu'ils lui ont coûté.

Cette situation est analogue, à celle qui est prévue dans le premier alinéa de l'article 2280, et cependant la jurisprudence n'avait pas voulu permettre à cet acheteur, d'opposer un droit de rétention.

C'est alors que le législateur est intervenu, et considérant que les deux situations étant semblables, il n'y avait pas de raisons, pour que cet acheteur des meubles du locataire, ne put opposer au propriétaire un droit de rétention.

La loi elle-même créait donc un nouveau cas d'application du droit de rétention, et cela par suite d'un simple raisonnement d'analogie.

Rien ne nous autorise donc, à considérer l'exercice du droit de rétention, comme devant être restreint aux seuls cas, où la loi le permet expressément, et nous croyons au contraire, que notre droit doit être aujourd'hui, comme autrefois, d'une application générale.

Mais quelles règles suivrons-nous, à quels principes nous rattacherons-nous pour justifier les différents cas d'application de notre

droit ? Il y a, sur ce point, plusieurs théories, que nous allons maintenant étudier.

MM. Aubry et Rau (1), tout en étant partisans de l'extension par analogie du droit de rétention, restreignent cependant cette extension en des limites assez étroites. Selon ces auteurs, « il suffit pour justifier l'extension par analogie du droit de rétention, comme aussi, d'un autre côté il est nécessaire pour l'autoriser, que la rétention se rattache à une convention, ou tout au moins à un quasi-contrat, et que la dette connexe à la chose retenue, ait pris naissance à l'occasion de cette convention ou de ce quasi-contrat ».

Ces jurisconsultes, tout en exigeant, un *debitum cum re junctum*, veulent de plus, que la créance que prétend recouvrer le rétenteur ait pris naissance dans un contrat ou quasi-contrat. Pourquoi limitent-ils ainsi les sources de cette créance ? Ils n'expriment pas complètement leur pensée à cet égard ; peut-être MM. Aubry et Rau trouvaient-ils particulièrement injuste, qu'un individu pût réclamer l'accomplissement d'une obligation, quand il se refuserait lui-même, à remplir les obligations qu'il avait contractées.

Mais pareille injustice n'existera-t-elle pas en

1. Aubry et Rau, tome 3, § 256 bis.

dehors même, de tout rapport quasi-contratuel ? Ne serait-il pas aussi inique de voir un individu forcer son adversaire, à lui abandonner la chose qu'il détient, et refuser en même temps de lui payer l'indemnité qu'il lui doit, non pas en vertu d'un contrat ou d'un quasi-contrat, mais que l'équité seule lui commande de payer ?

Ces auteurs trouvent sans doute, que le rétenteur, lorsqu'il ne peut baser son droit, sur un contrat ou un quasi-contrat, est indigne de pitié. Nous ne voyons pas les raisons de cette défaveur.

Pour soutenir leur théorie, MM. Aubry et Rau, prétendent que si l'on n'admet l'exercice du droit de rétention que dans ces seules conditions, « la position respective des parties, présente une analogie parfaite avec la situation qui se rencontre, dans les hypothèses, où le droit de rétention est formellement admis par la loi » (1).

On peut donc en conclure, que la loi exige tout au moins, comme condition de validité de l'exercice de notre droit, que la créance que réclame le rétenteur, ait sa source dans un contrat, ou quasi-contrat.

Sans doute, c'est ce qui a lieu dans la plupart

1. Aubry et Rau, § 256 bis. Note 5.

des exemples que nous propose le code, mais, cependant nous voyons l'article 570, accorder au spécificateur un droit de rétention, alors que aucun quasi-contrat n'est intervenu entre lui et le propriétaire de la chose, qu'il a transformée, et que maintenant il retient.

Sur quoi, en effet, l'artisan visé par l'article 570 base-t-il son droit à une indemnité?

Uniquement sur ce fait qu'il a fait des impenses sur la chose d'autrui; aucun rapport de droit n'est intervenu entre lui et le propriétaire, et ce n'est que parce qu'il a, en quelque sorte, incorporé son travail dans cette chose, qu'il prétend à une indemnité. On ne peut soutenir en effet, que la créance de l'artisan ait, ici, sa source dans un quasi contrat; celui-ci a-t-il eu l'intention d'améliorer la chose du propriétaire, peut-il être regardé comme un gérant d'affaires?

Nous ne le croyons pas. L'article suppose au contraire, que cet artisan, en modifiant cette chose, a cru changer la forme de sa propre chose: il a cru que cet objet lui appartenait, et c'est pourquoi il l'a modifié, et jamais il n'est entré en son esprit, l'intention de procurer un avantage quelconque au propriétaire de cette chose.

Voilà donc un exemple de droit de rétention où nous ne trouvons pas un contrat ou quasi-

contrat, comme source de la créance du rétenteur.

Sur quoi, alors, MM. Aubry et Rau peuvent-ils baser leur théorie, puisque la loi elle-même la contredit. Si d'ailleurs, nous adoptions cette doctrine nous arriverions à cette conséquence, admise du reste par ces auteurs, que le possesseur de bonne foi d'un immeuble revendiqué, ne peut pour sûreté des impenses qu'il a faites, opposer un droit de rétention à l'action du propriétaire.

Rien dans nos lois n'autorise pareille solution, et si nous ne trouvons, nulle part de disposition à ce sujet, c'est que vraisemblablement, l'on a voulu, en notre matière, conserver la règle ancienne. Or cette règle n'est pas douteuse, elle est expressément formulée par le jurisconsulte Paul dans la loi 27, § 5, liv. 6, T. 1, qui porte que le possesseur pourra opposer une exception de dol au propriétaire, *si perseveret actor petere rem suam, non redditis sumptibus*, et la même solution est admise par Papinien dans la loi 48 au même titre.

Nous avons vu de même, que Dumoulin accordait un droit de rétention au possesseur de bonne ou mauvaise foi, et ne justifiait sa solution

1. Dumoulin. *Commentaire sur les coutumes de Paris*, § 101-glos. V, Tit. I.

que par cette simple phrase : *quia non debet dominus ex aliena jactura, lucrum facere*.

Jamais, d'ailleurs nous n'avons trouvé, chez les jurisconsultes romains, ni chez nos auteurs coutumiers, pareille limitation à celle, que MM. Aubry et Rau prétendent imposer à l'exercice de notre droit.

Or, une théorie qui dans une matière, toute traditionnelle, comme la nôtre, une théorie qui bien loin de pouvoir s'appuyer sur des précédents historiques, se trouve, au contraire, par eux contredite, doit être, croyons-nous, écartée.

Il est à remarquer d'ailleurs, que l'opinion de ces jurisconsultes, est à peu près isolée, et que la plupart des auteurs, qui ont écrit sur notre matière, rejetant cette limitation arbitraire, se sont rangés aux principes, qui à Rome et dans l'ancienne France réglaient l'exercice de notre droit ; et ce ne seront que de simples divergences de détail, qui sépareront ces auteurs.

Reprenant la même idée, qu'il avait émise, sur notre sujet, en droit romain, M. Pret (1), déclare que le droit de rétention pourra être exercé par « tout détenteur d'une chose appartenant à autrui, qui est devenu créancier à rai-

1. Pret, *le droit de rétention*, N° 276.

son de cette chose, soit parce qu'il a confondu avec cette chose une portion de ses biens, soit parce qu'elle faisait partie de son patrimoine. »

Nous avons déjà eu l'occasion, de réfuter cette théorie, et avons constaté que cette confusion entre la chose retenue et le patrimoine du rétenteur n'avait jamais été nettement exigée.

Mais remarquons, que ce que M. Pret trouve nécessaire, pour l'exercice de notre droit, n'est en somme qu'une connexité plus étroite entre la chose retenue et la créance du rétenteur.

Cet auteur ne trouve pas suffisant, que la créance soit née à raison de cette chose, il veut, en outre que la chose retenue se soit confondue avec le patrimoine du rétenteur, et ce n'est en définitive qu'une connexité plus intime, et en quelque sorte d'un degré supérieur, qu'exige cet auteur, pour justifier l'exercice du droit de rétention.

Il n'y a donc qu'une légère divergence entre cette théorie, et celle qui se contente d'un simple *debitum cum re junctum*, pour autoriser l'usage de notre droit.

Cette dernière doctrine soutenue par M. Glasson (1), est, croyons-nous, celle à laquelle il faut en principe, se rattacher. Elle se fonde sur

1. M. Glasson, *Du Droit de rétention*, page, 110.

les précédents historiques, et trouve en sa faveur, un puissant argument dans ce fait, que dans tous les exemples de droit de rétention, (sauf un seul : le cas du créancier gagiste) que nous cite le Code civil, nous trouvons un *debitum cum re junctum*.

Mais si nous ne rejetons pas cette théorie nous la croyons néanmoins encore trop restrictive, de l'exercice de notre droit. Sans doute, la plupart du temps, il y aura un *debitum cum re junctum*, dans les circonstances où se produira le droit de rétention, mais cela n'aura pas toujours lieu. Nous venons de voir, que ce n'était pas sur une semblable connexité que le gagiste pouvait fonder son droit de retenir la chose qui lui avait été donnée en nantissement, nous avons vu dans notre ancien droit, Loysel, permettre au locataire de retenir les loyers, pour sûreté des dépenses nécessaires qu'il avait faites, bien que, cependant, il n'y eut en cette hypothèse, aucun *debitum cum re junctum*.

Nous pensons donc, qu'il faut revenir à cette idée unique qui constitue selon nous le principe général de la rétention, à ce principe d'équité qui se rencontre dans tous les exemples, que nous ont laissés, de notre droit, et les jurisconsultes romains et nos auteurs coutumiers et enfin notre Code civil, à ce principe que nous

pouvons, comme nous l'avons déjà fait, résumer par cette formule que, lorsque deux personnes se trouvent liées par des obligations réciproques, l'une ne peut contraindre l'autre à remplir ses engagements, si elle-même se refuse à remplir les siens.

Le droit de rétention a sa base dans un rapport synallagmatique, et il n'est que la mise en pratique, de la condition résolutoire contenue dans toutes les conventions synallagmatiques. Toutes les fois donc, qu'il y aura un rapport synallagmatique, toutes les fois qu'un individu à la fois débiteur et créancier, se verra sommé par son créancier d'accomplir son obligation, alors que ce dernier refusera d'accomplir la sienne, dans toutes ces hypothèses cet individu, croyons-nous, aura le droit de refuser, de remplir son obligation, et de retenir la chose qu'il doit jusqu'à ce qu'il ait reçu ce qui lui était dû.

N'est-ce pas d'ailleurs, ainsi, que se pratiqua toujours le droit de rétention? N'avons-nous pas toujours trouvé à sa base un rapport synallagmatique, et n'est-ce pas toujours par suite du non accomplissement de son obligation par l'une des parties, que l'autre partie oppose son droit de rétention?

Les nombreux exemples de droit de rétention que nous ont laissés Rome et notre ancienne

France, et ses cas consacrés par notre Code, prouvent suffisamment la vérité du principe que nous venons de rappeler.

Eh bien, si toujours ces législations, ont exigé, tout au moins, un rapport synallagmatique, comme base de notre droit, c'est que c'est à cette seule idée qu'elles ramenèrent l'exercice du droit de rétention.

Mais il ne faudrait pas croire, cependant, qu'il suffise que deux individus soient à la fois débiteur et créancier l'un de l'autre, pour que l'un d'eux puisse opposer à l'autre un droit de rétention. Il faut croyons-nous de plus que la créance et la dette de ces deux individus ait leur source dans une seule et unique cause. Admettre une autre solution, serait tout à fait injuste, car on arriverait alors, à permettre à un dépositaire de retenir la chose à lui déposée, sous prétexte que le déposant ne lui a pas rendu la somme qu'il lui a jadis empruntée; un tel résultat serait tout à fait inadmissible, et Pothier (1), le réproouve expressément.

Il ne suffit donc pas, selon nous, pour justifier l'exercice du droit de rétention, qu'il existe un simple rapport synallagmatique, entre le rétenteur et l'individu contre lequel il exerce

1. Pothier. *Traité du Dépôt*, n° 58.

son droit, mais il faut en outre, que la créance que le rétenteur prétend ainsi recouvrer, ait la même cause, que la créance de son adversaire, dont il refuse l'exécution, en opposant son droit.

Nous ne pouvons appuyer notre théorie, sur des textes législatifs exprès, mais notre solution a cela de commun avec toutes les autres que nous venons d'étudier, mais elle a pour elle les précédents historiques, et surtout s'harmonise parfaitement, avec tous les exemples de droit de rétention, cités dans le cours de cette étude, et dans une matière, toute traditionnelle, comme la nôtre, dans une matière qui ne s'est développée que suivant la pratique de la jurisprudence, c'est là, croyons-nous, une base suffisamment solide, et qui doit nous suffire.

SECTION II

Pratique de la Jurisprudence.

Le droit de rétention, ne s'est développé à Rome et dans notre ancienne France que suivant la pratique de la jurisprudence. Si jamais le législateur ne fit de théorie, en notre matière, la jurisprudence se conforma, tout au moins, à

de certaines règles, à de certains principes dans les applications qu'elle fit de notre droit.

Notre Code civil n'a pas, non plus, fait de théorie du droit de rétention et s'est borné, en somme, à reproduire les solutions admises dans notre ancien droit.

Nous n'avons, jusqu'ici envisagé le droit de rétention, qu'au point de vue théorique, et ne nous sommes occupés, que des différentes opinions de la doctrine. Il nous reste à voir quelle conception s'est faite de notre droit, notre jurisprudence.

De même que jadis, c'est encore aujourd'hui la jurisprudence qui doit suppléer, au silence de la loi, et c'est dans ces décisions que nous devons rechercher les principes directeurs de notre droit, que le législateur n'a, nulle part, nettement, exprimés.

Et puis dans un droit d'une application aussi générale que le nôtre, la pratique est tout.

Il est utile, il est vrai, de connaître les principes théoriques du droit de rétention, mais cela ne doit pas suffire et si l'on veut savoir exactement quelle est la nature, aujourd'hui reconnue, au droit de rétention, il faut en outre connaître l'opinion de la jurisprudence en notre matière.

Cette jurisprudence est assez confuse et il est assez difficile de découvrir quel est le

sens exact dans lequel inclinent ses décisions.

Cela tient surtout, au nombre, relativement peu important des décisions judiciaires qui sont intervenues à propos de l'application du droit de rétention, et puis ces différents jugements ou arrêts, sont d'époques souvent fort éloignées les unes des autres et l'on ne peut dire que la jurisprudence soit bien définitivement fixée.

Il serait difficile, qu'elle le fût absolument, dans une matière aussi vaste et aussi complexe que la nôtre ; nous avons trouvé chez les jurisconsultes romains et nos auteurs coutumiers de nombreuses et profondes divergences, et il n'est pas extraordinaire qu'elles se reproduisent encore aujourd'hui.

Les deux principales controverses, qui se sont élevées à propos des applications de notre droit, portent la première sur l'extension par analogie du droit de rétention, et la seconde sur le caractère de réalité du droit, ou en d'autres termes sur le point de savoir si le droit de rétention peut ou non être opposé aux tiers. Voyons quelle opinion, la jurisprudence a prise dans ces deux discussions.

Bien que les cours d'appel et tribunaux, n'aient jamais exprimé une idée générale sur les applications que l'on devait admettre de notre droit,

il est à remarquer que jamais ils n'ont hésité à étendre le bénéfice du droit de rétention, en dehors des hypothèses prévues par le code, et l'on peut, croyons-nous, affirmer qu'ils considèrent le droit de rétention, comme devant être d'une pratique absolument universelle.

Le plus ancien arrêt, à notre connaissance est un arrêt de la Cour de cassation du 17 janvier 1866 (*Journal du Palais*, 66, p. 246) qui accorde au mandataire un droit de rétention, bien que le code ne lui ait pas expressément, reconnu un tel droit. Mais la cour trouve entre la situation du mandataire et celle du dépositaire, une analogie suffisante, pour permettre ici l'exercice de notre droit : attendu, dit-elle, qu'aux termes de l'article 1948 le dépositaire est autorisé à retenir la chose à lui remise, jusqu'à l'entier paiement de ce qui lui est dû, à raison du dépôt, que ce principe s'applique nécessairement, à la rétention par le mandataire, des objets qui lui ont été remis pour l'accomplissement du mandat, et qu'il peut comme le dépositaire les retenir, pour tout ce qui lui est dû à raison du mandat... » Il est à remarquer que le tribunal de la Seine, le 18 février 1862, et la Cour de Paris le 30 juillet 1863, avaient, tous deux, émis en cette même affaire, la même opinion que la Cour suprême.

Même solution, de la part de la cour de Bordeaux qui par arrêt du 7 février 1866 (*Journal du Palais*, 66, p. 717) décide que celui qui a été chargé par un notaire, du règlement des affaires de son étude, et de la préparation des grosses et expéditions, de certains actes, peut bien exercer, sur les minutes, qui lui ont été confiées un droit de rétention, jusqu'au remboursement des avances par lui faites, en vue de l'achat de papier timbré, « attendu qu'il est de principe que le mandataire a, à l'encontre du mandant, un droit de rétention sur les choses qu'il détient, pour le remboursement des avances qu'il a faites pour leur conservation ».

Mais en ce même arrêt, la Cour dénie à ce mandataire la faculté d'opposer son droit de rétention pour sûreté de ses honoraires : en effet sa créance d'honoraires n'est pas née à raison des objets qu'il retient, seule la créance, qu'il a pour le remboursement des avances qu'il a faites pour la conservation de la chose, est née en raison uniquement de ces mêmes objet, et c'est parce que là seulement, il y a un *debitum cum re junctum* que la cour accorde à ce mandataire, un droit de rétention.

La dernière partie de cet arrêt doit être croyons-nous, critiquée, étant donné que nous avons reconnu précédemment qu'il suffisait d'un

simple rapport synallagmatique pour autoriser l'exercice de notre droit ; ce rapport existe dans l'espèce soumise à la Cour, et la créance du mandataire, comme la dette du mandant, ont ici, leur source dans une seule et même cause, dans le contrat par lequel ce notaire a chargé cet individu du règlement de ses affaires de son étude. Nous pensons donc que la cour de Bordeaux aurait dû également accorder un droit de rétention, à ce mandataire, comme sûreté de ses honoraires.

Un arrêt de la Cour de Montpellier du 9 décembre 1869, (Dal. 71, 1, 278) considère le droit de rétention comme devant être sous l'empire de notre Code, d'une application générale, et c'est sur les précédents historiques, sur la pratique de notre ancien droit, qu'elle fonde sa solution.

« Attendu, dit-elle, que le fermier, le tiers détenteur hypothécaire, le mandataire, l'usufruitier, sont admis à jouir du droit de rétention, à l'occasion des dépenses utiles ou nécessaires qu'ils ont faites, attendu que le même privilège n'est point refusé au mari pour les impenses, qu'il a faites sur l'immeuble de sa femme, au cohéritier donataire, pour le remboursement des sommes qu'il a employées à l'amélioration de l'immeuble, dont il doit le rap-

port, attendu, que sous l'empire de l'ancien droit, consacré par l'article 97 de l'ordonnance de 1566, et enfin par l'article 9 du titre 27, de l'ordonnance de 1667, nos anciens auteurs enseignaient que le possesseur ne peut pas être forcé de délaisser l'héritage, tant qu'au préalable, le propriétaire ne lui avait pas remboursé le montant de son indemnité attendu que cette doctrine est aujourd'hui généralement admise, que le principe qui s'en dégage, est, que l'une des parties ne puissent réclamer l'exécution de l'obligation, que l'autre a contracté envers elle, qu'autant, qu'elle offre de son côté de remplir l'obligation corrélatrice, qu'elle a aussi contractée, envers l'autre partie... ».

Ces considérants sont, peut-être, un peu longs, mais il était nécessaire, croyons-nous, de les reproduire.

Ils prouvent, que notre droit, doit être aujourd'hui d'une application générale, et cet arrêt n'exige en même temps comme source et limite du droit de rétention, que la nécessité d'un rapport synallagmatique.

Cette décision judiciaire est donc à ces deux points de vue des plus importantes. Sans doute on pourrait soutenir que la Cour de Montpellier est la seule, qui ait exprimé aussi nettement son idée, sur l'extension à donner au droit de réten-

tion, mais lorsqu'un arrêt déclare, qu'en formulant telle décision, il ne fait qu'appliquer la pratique généralement admise à son époque, il y a là un puissant motif de croire, que le droit de rétention peut être exercé, en dehors des cas spécialement visés par loi.

L'on ne saurait, d'ailleurs, nous opposer l'arrêt de la Cour suprême qui cassa cet arrêt le 2 août 1870. Si la Cour de Cassation a formulé une autre opinion, cela ne tient qu'aux circonstances particulières de l'espèce, et il est à remarquer que la Cour de Cassation, ne critique en aucune façon, la théorie générale émise par la Cour de Montpellier, ce qu'elle n'aurait vraisemblablement pas manqué de faire, si elle avait trouvé cette opinion contraire à la loi.

D'ailleurs, si les autres décisions de jurisprudence n'ont pas, ainsi que l'arrêt de Montpellier, émis une théorie générale, il faut reconnaître qu'elles ont admis l'exercice du droit de rétention, en dehors des hypothèses spécialement prévues par la loi.

C'est ainsi que la Cour de Cassation par arrêt du 29 novembre 1871. (Dal. 71, 1, 209), reconnaît que l'article 1948, qui permet au dépositaire de retenir le dépôt, jusqu'à l'entier paiement, de ce qui lui est dû à raison du dépôt, reconnaît que cet article est en général applica-

ble au mandataire, pour les avances qu'il a faites en raison de son mandat ; et la Cour de Cassation ne faisait, ici, que reproduire les considérants d'un de ses arrêts précédents, un arrêt du 10 août 1870 (Dal. 71, 1, 40), par lequel elle avait également reconnu au mandataire, un droit de rétention.

Dans le même ordre d'idées, nous voyons la cour de Chambéry le 3 janvier 1873, et la cour de Cassation le 22 décembre 1873 (Sir- 74-1-72) permettre successivement, au possesseur de bonne foi, d'exercer un droit de rétention pour sûreté des impenses qu'il aurait faite sur l'immeuble par lui possédé.

La Cour de Rouen par arrêt du 23 mai 1873 (Dal. 75-2-108) constate qu'il est admis en droit, que le fabricant, qui fournit la matière et le travail mais qui opère sur des modèles à lui remis peut exercer le droit de rétention sur ces modèles comme garantie de ce qui lui est dû, pour les objets fabriqués. Et cependant cette espèce, ne peut certainement pas rentrer dans l'hypothèse prévue par l'article 570.

Enfin la cour de cassation, admet le 6 avril 1875 (Dal. 75-1-354) un droit de rétention, au profit du commissionnaire, sur les marchandises qu'il a achetées, au nom et pour le compte, du commettant, et la cour de Dijon

consacre encore une fois ce droit, en faveur du mandataire, par arrêt du 27 janvier 1887. (Dal. 87-2-166).

La jurisprudence semble donc bien être unanime pour admettre par analogie, l'extension du droit de rétention, et l'on ne saurait, croyons-nous, nous opposer un arrêt en sens contraire de la Cour de Cassation en date du 12 août 1873 (Dal. 74-1-18).

Il s'agit dans cette espèce, d'un agent d'affaires qui, ayant été chargé, par un commerçant de la liquidation de ses affaires, refuse de rendre au syndic de la faillite de ce commerçant, les livres et registres, que ce dernier lui avait confiés, avant de cesser ses paiements.

Si la Cour ne reconnaît pas à cet agent d'affaires un droit de rétention, sur ces livres de commerce, c'est que d'après la loi, le syndic doit mettre ces registres sous scellés, et l'intérêt du mandataire doit donc, en notre hypothèse, s'incliner devant le texte formel de la loi.

Nous pensons donc pouvoir affirmer que la jurisprudence ne considère pas le droit de rétention comme une faveur exceptionnelle de la loi mais en admet, au contraire l'exercice, dans les hypothèses analogues, à celles prévues par notre Code.

Il nous reste à voir, maintenant, quelle est

l'opinion de la jurisprudence, sur l'opposabilité aux tiers du droit de rétention.

Sur cette question, la jurisprudence, est assez divisée, et l'on ne peut tirer de ces décisions une donnée générale. Si, en effet, d'une part, elle refuse au créancier gagiste d'opposer aux tiers, son droit de rétention, elle permet, d'autre part, dans les autres applications du droit de rétention, au rétenteur, d'opposer son droit aux tiers.

On ne conçoit pas très bien, cette différence et il semblerait qu'un droit qui ne repose que sur l'équité, dût avoir la même énergie, dans toutes les circonstances.

D'ailleurs ce n'est relativement que dans ces dernières années, que la jurisprudence a refusé au gagiste d'opposer son droit de rétention à d'autres, que son propre débiteur, et il n'est pas que nous sachions, d'arrêt de Cassation qui ait consacré cette manière de voir.

Il existe même un arrêt en sens contraire, de la Cour de Cassation, mais il remonte au 31 juillet 1832 (Sir. 32-1-490). Cet arrêt ne fait que confirmer une décision de la Cour de Montpellier du 10 juin 1831 et déclare nettement « que si le gage, formant partie des biens du débiteur peut être saisi par les autres créanciers, cette saisie, cependant, ne peut en aucun cas, nuire

soit au dépôt, soit au privilège acquis au créancier en vertu de son contrat de gage ».

Voilà bien l'affirmation certaine du droit pour le gagiste, de refuser à tous, de délaisser son gage, tant qu'il n'aura pas été intégralement payé.

Mais cette solution, que nous croyons si conforme à l'esprit de la loi, comme au caractère général, qui est reconnu dans notre législation au droit de rétention, cette solution ne semble pas cependant avoir prévalu.

Un jugement du Tribunal de la Seine du 19 mars 1869 et un arrêt confirmatif de la Cour de Paris du 24 juin 1869 (Sir. 69-2-302), refusèrent successivement à un créancier gagiste, le droit de s'opposer à la saisie de son gage par les autres créanciers. Mais cet arrêt n'est pas conséquent avec lui-même ; l'exposé de l'espèce et des considérants va le démontrer.

Un nommé Teyssionnières avait reçu commission d'un marchand de vins, Pareja, de vendre des fûts que celui-ci lui avait envoyés. Ces tonneaux furent saisis par d'autres créanciers de Pareja, et vendus aux enchères. C'est alors que le commissionnaire Teyssonnières, qui était également créancier de Pareja, prétendit que ces fûts constituaient un gage pour lui, et qu'on

ne pouvait les lui enlever avant de l'avoir désintéressé.

Le Tribunal de la Seine rejeta cette prétention et la Cour de Paris confirma cette décision en ces termes : « considérant que les marchandises consignées à un commissionnaire, ne cessent pas d'être la propriété de l'expéditeur, qu'elles continuent à être le gage commun de tous ses créanciers, que dans le cas de vente amiable, le commissionnaire est recevable à refuser la remise des marchandises déposées dans ses magasins, à moins qu'on ne lui rembourse sa créance intégralement, mais qu'il en est autrement, lorsque les marchandises ont été saisies et vendues aux enchères par autorité de justice, que dans cette hypothèse le commissionnaire n'a pas qualité pour s'opposer, à ce que l'adjudicataire soit mis en possession des objets, à lui régulièrement adjugés..... »

Cet arrêt commence donc par reconnaître au commissionnaire la faculté d'opposer son droit au tiers, puis il la lui refuse ensuite parce que les marchandises constituant le gage ont été saisies et vendues publiquement.

On ne voit pas bien pourquoi ces deux solutions différentes ; si le rétenteur peut opposer son droit aux tiers, il doit le pouvoir dans toutes les circonstances.

La Cour se fondait sans doute, sur la rédaction de l'article 2082, qui ne parle que des rapports du créancier et de son débiteur ; nous avons déjà eu l'occasion de réfuter cette théorie, et nous n'y reviendrons pas, mais nous pourrions remarquer que cet arrêt nous montre, encore une fois, le peu de logique de cette doctrine, puisqu'elle aboutit à donner à un seul et même droit des résultats diamétralement opposés.

La jurisprudence n'a pas cependant abandonné cette doctrine, et tout récemment le tribunal de Mont-de-Marsan déclarait en un jugement du 28 juillet 1891, d'ailleurs confirmé par la cour de Pau le 28 mars 1892 (Sir. 93-2-225) déclarait que le droit de rétention concernait uniquement les rapports du créancier et du débiteur, que cela résultait des termes mêmes de l'article 2082, et que par suite ce droit était étranger aux tiers, et ne leur était pas opposable par le créancier gagiste ... »

Mais comme nous l'avons remarqué précédemment, si la jurisprudence a refusé au gagiste d'opposer son droit de rétention aux tiers, elle a reconnu formellement cette faculté aux autres rétenteurs, non seulement à ceux qui peuvent fonder leur droit sur un texte exprès de la loi, mais encore aux individus qui ne jouis-

sent de ce droit, que par suite de l'extension, par analogie qui lui a été donnée.

Nous voyons donc la jurisprudence, accorder le droit de rétention en dehors des cas spécialement visés par notre Code, et permettre au rétenteur dans ces dernières hypothèses, d'opposer son droit aux tiers.

Voyons d'abord les arrêts, qui reconnurent une telle énergie, au droit de rétention, quand il est expressément consacré par la loi.

Un individu, s'était porté adjudicataire d'une coupe de bois, dans la forêt domaniale d'Eu.

L'Etat avait stipulé dans le cahier des charges, que, en cas de faillite de l'acheteur, il aurait le droit de retenir les bois, non encore coupés ou enlevés, restant sur le parterre de la coupe.

Cet adjudicataire devait en outre fournir une caution. L'acheteur étant tombé en faillite, la caution paya l'Etat et fut ainsi subrogé à ses droits.

C'est alors, que le syndic de la faillite vint réclamer l'enlèvement des arbres abattus, restant sur le parterre. La caution s'y opposa en se fondant sur la clause du cahier des charges précitée : La Cour de Rouen par arrêt du 16 août 1867 déclara que les créanciers du failli, n'avaient pas plus de droits que le failli lui-même, et qu'ils ne pouvaient par suite enlever

ces bois, objet du litige, et la Cour de cassation, confirma le 25 janvier 1869 (Sir.69-1-54) la décision de la Cour de Rouen, en déclarant bien fondée, l'action en rétention intentée par la caution.

Même solution de la part encore, de la Cour suprême le 8 décembre 1868 (Sir.,69-1-272).

Il s'agissait dans cette affaire du droit de rétention du dépositaire. Un nommé Maximilien Sainte-Colombe avait donné en paiement à son créancier, des bois qu'il avait déposés, dans les chantiers d'une société d'exploitation. Cette société refusa de livrer ces bois à ce créancier, tant qu'il ne lui aurait pas payé les frais de magasinage.

Le Tribunal de St-Denis de la Réunion le 14 mars 1865, et la Cour d'appel de la Réunion le 27 juillet 1866 donnèrent successivement gain de cause à la société, et la Cour de cassation confirma en ces termes, cet arrêt : « attendu que du dépôt fait par Maximilien de ses bois dans les chantiers de la société, était résulté un quasi contrat qui avait engendré des obligations corrélatives, à la charge des deux parties, et notamment à la charge de Maximilien, de payer l'indemnité d'occupation, que Maximilien n'aurait pas pu enlever ses bois sans payer cette indemnité, que son créancier acquéreur de ces

bois n'était que l'ayant cause de son vendeur et ne pouvait avoir plus de droits que lui... »

Enfin nous voyons la cour de Cassation, permettre, par arrêt du 6 février 1875 (Dal. 75, 1, 354) au commissionnaire d'user d'un droit de rétention sur les marchandises qu'il a achetées de ses deniers, au nom et pour le compte du commettant, et d'opposer ce droit aux tiers.

La Cour accorde donc, ici, le droit de rétention en dehors des textes de la loi, et elle lui reconnaît toute l'énergie d'un droit réel.

On pourrait objecter à la doctrine de la jurisprudence qu'elle aboutit ainsi, à créer sans texte une véritable cause de préférence, et que, en tout cas, si on pouvait permettre au rétenteur, fondant son droit sur un article du code, permettre à ce rétenteur d'opposer son droit aux tiers, on ne saurait admettre une telle faveur au profit d'un individu, dont le droit de rétention n'est même pas consacré par la loi.

Nous pensons, cependant, que la jurisprudence est dans le vrai et fait ainsi une saine application des principes. Nous avons démontré précédemment, que l'on ne pouvait concevoir, que le droit de rétention fût restreint, aux seules hypothèses prévues par nos lois. Si donc, l'on admet l'extension par analogie de notre droit, on doit en conclure par suite,

que ce droit doit conserver, et ses mêmes caractères et sa même énergie dans tous les cas où l'on en admet l'exercice.

D'ailleurs, accorder un droit de rétention à une personne, et lui interdire en même temps de l'opposer aux tiers, équivaldrait en somme, à lui accorder un droit, dont il lui serait impossible de se servir.

Donc, encore une fois, si l'on admet le droit de rétention, en dehors des cas spéciaux de notre Code, on doit, sous peine d'être illogique, permettre à son titulaire de l'opposer aux tiers.

C'est donc bien une véritable cause de préférence, qu'est notre droit, à l'époque actuelle, mais de même qu'autrefois, ce n'est encore qu'au moyen d'une simple exception, que son exercice est aujourd'hui possible, et son titulaire ne peut que rester sur la défensive.

Aussi devons-nous critiquer une certaine tendance de la jurisprudence, qui la porte à donner à notre droit toute l'énergie d'un privilège, et à permettre même, à son titulaire de vendre la chose qu'il retient, et de se payer par préférence sur le prix.

La Cour de Lyon en un arrêt du 27 août 1849 (1) a cependant, formulé cette doctrine, à

1. La Cour de Lyon a rendu, encore un arrêt dans le même

propos d'un dépositaire qui refusait de rendre la chose à lui déposée, avant d'être remboursé des impenses faites sur ce dépôt, et la cour déclarait : « que l'avantage concédé au dépositaire par l'article 1948, ne pouvait être un avantage illusoire, et qu'il n'était pas permis qu'un droit accordé à une partie, reste sans résultat, que par conséquent l'article 1948 contenait implicitement la faculté de réaliser le bénéfice qu'il accordait, et que la seule voie pour y parvenir, était l'aliénation de la chose déposée, afin que sur le prix, le dépositaire puisse obtenir par préférence le remboursement des sommes qui lui étaient dues... ».

Sur quoi la Cour peut-elle fonder une telle solution ?

La loi en effet, ne formule nulle part le mot de privilège dans l'article 1948 ; cet article se borne à nous dire que le dépositaire a le droit de retenir la chose à lui déposée, jusqu'à ce qu'on lui ait remboursé ses impenses, mais est absolument muet, sur la manière dont il pourra exercer son droit.

C'est donc qu'il faut s'en tenir, à la lettre même de cet article, et par suite décider que le seul droit que la loi accorde au dépositaire, est

sens le 25 mars 1871. (Répertoire Dalloz. *Supplément au mot rétention*, p. 661).

d'opposer victorieusement, une fin de non-recevoir à toute réclamation, tendant à lui faire délaissier la chose qu'il retient.

Pourquoi, la Cour de Lyon donne-t-elle à ce droit la force d'un privilège? Rien n'autorise pareille solution.

C'est en vain que l'on pourrait dire, que si l'on ne permet pas au dépositaire, de poursuivre directement la vente de la chose déposée, son droit deviendrait illusoire, car raisonner ainsi, c'est raisonner en pure théorie, sans songer aucunement à la pratique, qui n'aurait pas dû être perdue de vue, surtout dans une décision de jurisprudence.

Nous avons en effet, précédemment démontré que, si de l'attaque de ses adversaires dépend l'exercice du droit du rétenteur, cette attaque doit forcément se produire: la chose retenue ayant la plupart du temps, une valeur supérieure à la somme que réclame le rétenteur.

Nous croyons donc fermement, que le droit de rétention ne permet au rétenteur que de se défendre et non d'attaquer.

Ce droit de rétention constitue une véritable cause de préférence, son titulaire pourra valablement l'opposer aux tiers, et obtenir ainsi, mais indirectement, le paiement par préférence de ce qu'il prétend lui être dû, mais nous ne

pouvons reconnaître à ce rétenteur, le droit d'entamer le premier les poursuites et de faire vendre la chose qu'il retient : la position défensive est la seule qu'il puisse, aujourd'hui, occuper, et c'est la seule qu'il occupa à Rome, et dans notre ancien droit français.

Vu : le président de la thèse
PLANIOL

Vu : le Doyen,
GLASSON

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-recteur de l'Académie de Paris
GRÉARD

TABLE

INTRODUCTION.	5
CHAPITRE I. — Historique du droit de rétention.	11
<i>Section I.</i> — Droit romain	11
<i>Section II.</i> — Ancien droit français.	38
CHAPITRE II. — Droit actuel.	80
<i>Section I.</i> — Etude des différents cas d'application du droit de rétention consacrés par le Code civil	80
Article 545.	82
Article 570	84
Article 841.	85
Article 867.	86
Article 1612	93
Article 1613	94
Article 1673	98
Article 1749	106
Article 1948	113
Article 2082	116
Article 2280	124
<i>Section II.</i> — Principes généraux auxquels on peut ramener les applications du droit de rétention.	125
CHAPITRE III.	142
<i>Section I.</i> — Nature et effets du droit de rétention.	142
<i>Section II.</i> — Pratique de la jurisprudence	179

Mayenne, Imprimerie SOUDÉE et COLIN.
